النظام القانوني للأسرة
في الشرائع غير الإسلامية

النظام القانوني للأسرة
في الشرائع غير الإسلامية

دكتــور

محمد حسـين منصـور

أستاذ القانون المدني بجامعة الإسكندرية

٢٠٠٣

دار الجامعة الجديدة للنشر

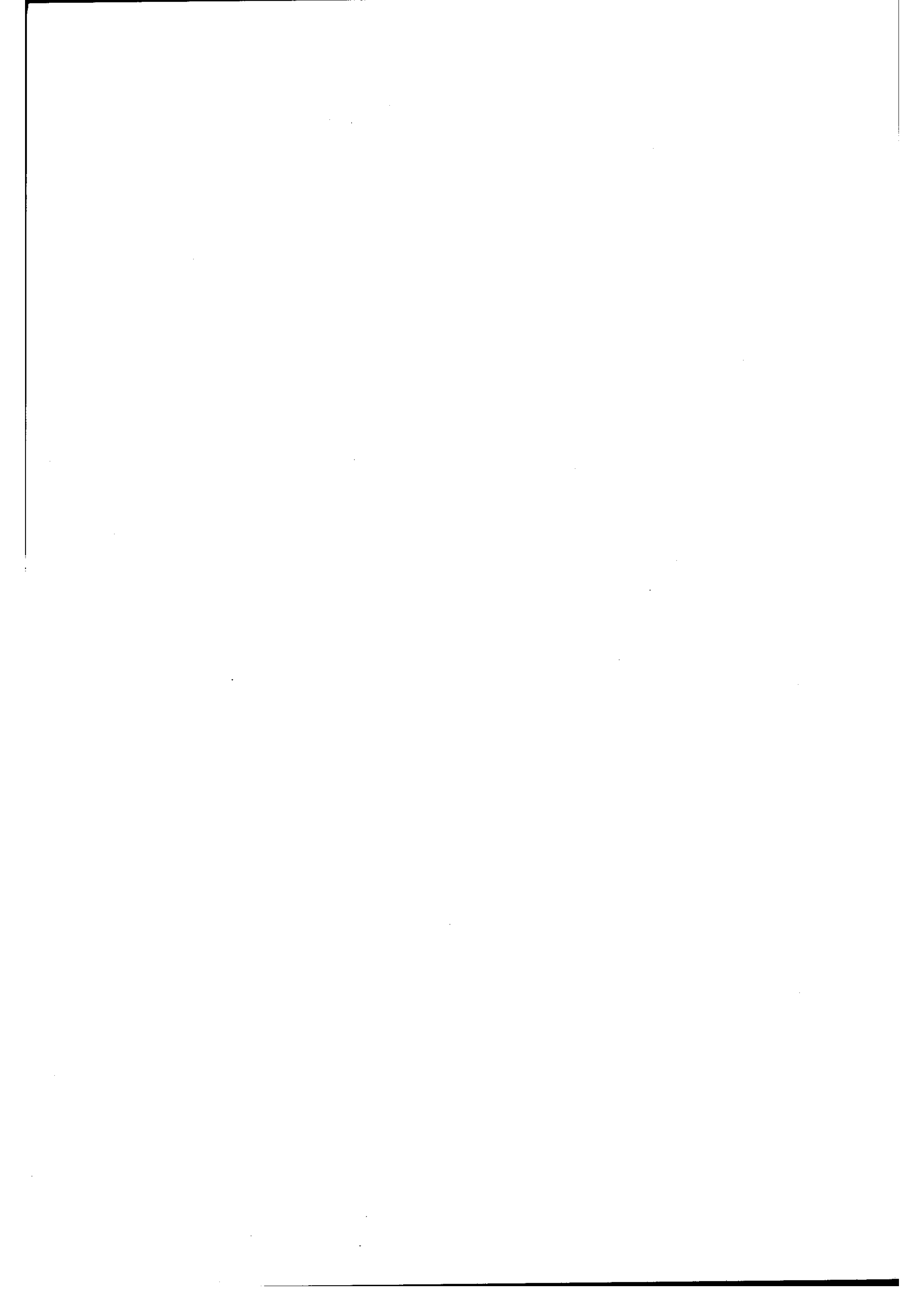
٣٨ ش سوتير ـ الأزاريطة ـ الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةُ وَأُو۟لُوا۟ ٱلْعِلْمِ قَآئِمًۢا بِٱلْقِسْطِ ۚ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ ﴿١٨﴾ إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ ۗ وَمَا ٱخْتَلَفَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلْعِلْمُ بَغْيًۢا بَيْنَهُمْ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ ﴿١٩﴾ ﴾.

صدق الله العظيم

سورة آل عمران: الآية ١٨ ، ١٩



مقدمـــــــة

لعل وجود الإنسان هو الرحيق الذى به يسير موكب الحياة ، وهــو فى هذا الوجود قد تميز عن غيره من الكائنات بعقله الذى راح ــ فــى صراع دائب مع الغريزة ــ يشكل معالم المعمــورة ويرســم خطــوط تطورها ٠

والإنسان فى دأبه وصراعه تلَمّس الطريق من خلال النواة الأولــى التى بها حافظ على بقائه ووجوده ، ألا وهى الأسرة ٠ فالأســرة هــى الخلية الأولى التى تطورت لتشكل من بعد المجتمعات الحديثة ٠

وتحمل تلك الكلمة بين جوانبها الكثير من المعانى ، إذ يكمن فيــها سر رقى الجماعة أو تعسرها ، وتنطوى على أعز ما يملك الإنسان من خصائص وأسرار ، فهى تمثل بالنسبة لــه مرتــع الأمــان وحصــن التكامــل ٠

وقديمة هى الرغبة فى تنظيم الأسرة ووضــع الأســس لحمايتــها والسهر على تفتحها ، إلا أن تلك النظم كانت دائمــاً رهــن بــالتطور الاقتصادى وتداخل العوامل الدينية على مر العصور والأزمنة ٠

ولعل قدم الأنظمة القانونية التى تحكم علاقات الأســرة واتخاذهــا طابع العادات والتقاليد شبه المقدسة بسبب ما تنطوى عليه من شــفافية وحساسية خاصة ، هذا بالإضافة إلى الأصول والقواعد الدينيــة التــى ساهمت فى تحديد وضبط معالم تلك الأنظمة ، هو الــذى جعــل مــن محاولات تعديل تلك الأسس أمراً محوطاً بالعراقيل والصعوبات ٠

لقد جرى العمل فى مصر ، لإعتبارات تاريخيــة معينــة ، علــى الفصل بين مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الأحوال العينية ، واختلف الأختصاص القضائى والتشريعى بصددهما ٠ إذ خضعت مصــر فــى

الماضى لنظام التعدد فى الجهات القضائية ، وتعدد التشريعات المطبقة على المواطنين .

حاول المشرع الحديث تحقيق الوحدة الوطنية من خلال حركة التوحيد القضائى والتشريعى . بلغ المشرع غايته فى تحقيق وحدة القضاء ، وفى توحيد التشريع المطبق فى مسائل الأحوال العينية ، إلا أنه وجد صعوبات جمة فى طريق الأحوال الشخصية ، فهو وإن كان قد خطى خطوات محددة فى هذا المجال إلا أن جزءا لا يستهان به فى تلك المسائل لازال يخضع لمبدأ تعدد الشرائع المطبقة بحسب ديانة المتقاضين .

وإن كنا نقدر مدى ماينطوى عليه الأمر من صعاب ، إلا أن التوحيد أمر لامفر منه لسيادة الأمة ومظهر من مظاهر اكتمال النظام القانونى فى الدول الحديثة ، فلا يعقل أن تطبق فى دولة متقدمة أربع عشرة شريعة قانونية فى مسائل الأسرة . فإن لم يتم توحيد الشريعة المطبقة على كل المصريين ، فلنبدأ بتوحيد الشريعة الواجبة التطبيق على غير المسلمين .

فنظام الأسرة هو المجال الذى تتعدد بشأنه الشرائع المطبقة حتى اليوم ، أى أن شرائع غير المسلمين بطوائفهم العديدة هى التى تحكم ـ بشروط معينة ـ المنازعات الناشئة بينهم فى هذا الصدد .

وتعتبر الشريعة الإسلامية هى الشريعة ذات الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية ، سواء كمصدر موضوعى يشتق منه المشرع القاعدة القانونية ، أو كمصدر رسمى يطبقها القاضى مباشرة على المسلمين ، وعلى غير المسلمين إذا تخلفت شروط تطبيق شرائعهم .

ولعل دراسة أحكام الأسرة بالشرائع غير الإسلامية أمر ليس باليسير لتعدد تلك الشرائع من جهة وتنوع مصادرها وعدم صياغتها في نصوص قانونية منهجية من جهة أخرى •

إلا أن حيوية المادة وأهميتها العملية قد جذبت الفقه إليها ليتناولها بالتحليل والبحث ، هذا بالإضافة إلى الرصيد القضائى الذى لايستهان به فى هذا المجال ، فقد توصل القضاء بعد عناء الى وضع الكثير من الحلول والمبادئ فى هذا الصدد • لذا كان منهجنا مستنيراً بحلول القضاء من جهة وبالمجهودات الفقهية السابقة من جهة أخرى •

ومن هذا المنطلق نستهل دراستنا بفصل أول نعرض فيه لمجال تطبيق تلك الشرائع ومصادرها ومدى ولاية الشريعة الإسلامية •

ثم نقسم الدراسة الى ثلاثة فصول للتعرف على النظام القانونى للزواج المسيحى أمام القضاء المصرى ، فالأسرة ترتبط بالزواج ، فهى تنشأ بإنعقاده وتبدو علاقاتها من خلال مايترتب عليه من آثار ، ويمكن أن تنتهى الأسرة كذلك بإنتهاء الرابطة الزوجية •

الفصل الأول

النظام القانوني لمسائل الأحوال الشخصية

نعرض في هذا الباب للمجال والدور الذى تلعبه الشرائع الدينية فـى النظام القانونى المصرى ، وإذا كـانت الشـريعة الإسـلامية تحظـى بالتطبيق فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية ، الإ أن المشرع يسـمح بتطبيق الشرائع غير الإسلامية فى بعض تلك المسائل •

وهذا يدفعنا إلى دراسة هذه الشرائع وشروط تطبيقها ، وحـالات تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين عند تخلف شروط تطبيـق شرائعهم الخاصة •

وعلى هذا نقسم دراستنا إلى مباحث التالية :

المبحث الأول : نطاق تطبيق الشرائع الدينية فى مصر •

المبحث الثانى : الشرائع غير الإسلامية فى مصر •

المبحث الثالث : شروط تطبيق شريعة غير المسلمين •

المبحث الرابع : الولاية العامة للشـريعة الإسـلامية فـى الأحـوال الشخصية •

المبحث الأول

نطاق تطبيق الشرائع الدينية فى النظام القانونى المصرى

التطور القضائى والتشريعى

شهدت مصر فى الماضى درجة كبيرة من الفوضى على كل من الصعيدين القضائى والتشريعى ؛

ففى البداية تعددت جهات القضاء بدرجة كبيرة ، إذ كان يتولى القضاء كل من : المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، والمحاكم القنصلية، ومجالس الأحكام .ثم أنشئت بعد ذلك المحاكم المختلطة عام ١٨٧٥ والمحاكم الأهلية عام ١٨٨٣ . وان كانت تلك المحاكم بنوعيها قد اختصت بالأحوال العينية ، الإ أن المحاكم الأهلية لم تكن تختص الإ بنظر الدعاوى التى تثور بين الأهالى ، أما المحاكم المختلطة فقد اختصت بالمنازعات التى تقوم بين الأهالى والأجانب أو بين الأجانب أنفسهم .

أما فى مسائل الأحوال الشخصية فقد وجدت المحاكم الشرعية للمسلمين،والمجالس الملية لغير المسلمين،والمحاكم القنصلية للأجانب.

وظل الوضع كذلك حتى عام ١٩٤٩ حيث ألغيت الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية ، ثم صدر القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[١] حيث قرر بدوره إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس

---

(١) تم إلغاء هذا القانون بالقانون رقم ٢٠٠٠/١ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، ليسير فى نفس الاتجاه.

الملية، وبالتالى أصبحت الجهة الوحيدة الباقية هى المحاكم الأهلية أو الوطنية والتى تختص بكافة المنازعات بين المصريين والمقيمين على أرض الوطن يستوى فى ذلك المسائل العينية أو الشخصية ٠

وبالرغم من الوحدة القضائية فإن القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية لازال مختلفاً ٠ فالمحاكم تطبق أحياناً الشريعة الإسلامية وأحياناً شريعة المتقاضين غير المسلمين ٠

المطلب الأول
المقصود بالأحوال الشخصية

(أ) أهمية تحديد المقصود بالأحوال الشخصية :

تبدو أهمية تحديد المقصود بالأحوال الشخصية فى القانون الدولى الخاص وفى القانون الداخلى ٠

فبالنسبة للقانون الدولى الخاص الذى يحكم العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبى ، تخضع مسائل الأحوال الشخصية للقانون الشخصى أى قانون البلد الذى ينتمى إليه الطرفان بجنسيتهم أو الذى يتخذانه موطناً ٠ أما المسائل أو الروابط المالية أى الأحوال العينية فيخضع فيها ـ كقاعدة عامة ـ كل من الوطنى والأجنبى لقواعد موحدة هى تلك القائمة فى البلد الذى يوجد فيه الأجنبى ٠

أما بالنسبة للقانون الداخلى فقد كان تحديد المقصود من اصطلاح الأحوال الشخصية أمراً على درجة كبيرة من الأهمية نظراً لما يترتب على ذلك من نتائج تتعلق بالإختصاص القضائى والتشريعى ، حيث كانت مسائل الأحوال الشخصية خاضعة لقواعد موضوعية وإجرائية مختلفة تطبقها جهات قضائية متخصصة ٠

أما اليوم وقد تم توحيد السلطة القضائية وصدرت تشريعات موحدة فى كثير من مسائل الأحوال الشخصية لتسرى على كل المصريين بغض النظر عن ديانتهم ، فإن الأهمية العملية لوضع تعريف للمصطلح فقدت الكثير من أهميتها ٠

فلم يعد انتماء المسألة محل النزاع إلى الأحوال الشخصية هو الفيصل فى تطبيق شريعة غير المسلمين إذا توافرت شروط ذلك التطبيق ، بل أن المشرع قد حدد وحصر المسائل التى يمكن فيها الاحتكام الى شريعة المتقاضيين وهى تلك التى لم يصدر فيها تشريعات موحدة بعد ، وتنحصر فى مسائل الزواج وما يرتبط بها ٠

ومن جهة أخرى فإن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية له أهمية خاصة فى القانون الوضعى المصرى حيث يجعل الشريعة الإسلامية صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية ، فنطاق ولاية هذه الشريعة يتحدد بمدلول ذلك المصطلح ٠ حيث قام المشرع بتنظيم مسائل الأحوال العينية وحدها فى القانون المدنى وأصدر تشريعات موحدة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية وجعل من الشريعة الإسلامية المرجع الذى يستقى منه القاضى الحل فيما تبقى أو استعصى من المسائل ٠

(ب) تعريف الفقه لإصطلاح الأحوال الشخصية :

تعددت المحاولات لتعريف المقصود بهذا المصطلح ، ولكن يمكن بلورتها فى اتجاهين :

الأول : شخصى ويرى أن الأحوال الشخصية هى المسائل التى يحكمها القانون الشخصى ، فالقانون يتبع الشخص أينما كان ولو خارج أقليم دولته ، فليست هناك روابط أحوال شخصية بل مسائل يحكمها القانون الشخصى لأطراف النزاع ٠

الثانى : موضوعى ويرى أن موضوع الأحوال الشخصية هو الأشخاص أى تحديد المركز القانونى لهم ، أما الأحوال العينية فموضوعها الأموال وبيان مركزها القانونى ٠

ولكن كلا الاتجاهين يتسم بالغموض حيث يصعب فى كثير من الحالات تصنيف المسائل بين الأشخاص والأموال مثل الميراث ، وهناك من مسائل الأشخاص التى تثير جوانب مالية مثل النفقة ٠

ومن ناحية أخرى فلا يكفى القول بأن الأحوال الشخصية ترتبط بالمسائل التى يحكمها القانون الشخصى إذ يتبقى علينا تحديد هذه المسائل، مما يوقعنا فى حلقة مفرغة ٠

لهذا كان الإتجاه الراجح هو بحث كل مسألة على حدة لتبين طبيعتها ومعرفة ما إذا كانت تندرج تحت مدلول الأحوال الشخصية أم لا ، ويتأتى ذلك من خلال استعراض وتعداد مسائل الأحوال الشخصية ٠

(ج) تحديد محكمة النقض لمدلول الأحوال الشخصية :

نظرا لقيام الإمتيازات الأجنبية ، كان هناك اتجاها من قبل القضاء المختلط إلى التوسع فى تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، لذا حاولت محكمة النقض بيان مضمون ذلك المصطلح فقضت بأن :

" الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية ككونه ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو أبنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية ٠

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ٠ وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على إختلاف

أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه وعدم استحقاقه • غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية ـ وكلها من عقود التبرعات ـ تقوم على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كي يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحتوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها • على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط بإتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة أو الموهوبة أو الموصى بها "[١].

يبدو لنا من ذلك التعريف تأثر محكمة النقض بما جرى عليه الفقه الفرنسى فى تعريفه للحالة • ومن ناحية أخرى فقد ربطت المحكمة التعريف بالإختصاص القضائى ، حيث أدخلت الوقف والهبة والوصية فى عداد الأحوال الشخصية بسبب اختصاص محاكم الأحوال الشخصية بنظرها ، رغم أن تلك المسائل تعد ـ بإعتراف المحكمة ـ بحسب طبيعتها من الأحوال العينية •

(د) تعريف المشرع للأحوال الشخصية :

بعد أن تعددت المحاولات الفقهية والقضائية لوضع تعريف للأحوال الشخصية ، تدخل المشرع ليحدد ذلك المصطلح على النحو الآتى :

تشمل مسائل الأحوال الشخصية ، المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع والإلتزام بالنفقة للأقارب والاصهار ،

---

[١] نقض ١٩٣٤/٦/٢١ ، المحاماة س ١٥ ص ٧٨ •

وتصحيح النسب والتبنى ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالإدارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى مابعد الموت[1] .

يتضح لنا من هذا النص أن اصطلاح الأحوال الشخصية يضم فئات المسائل الآتية :

١ - المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم .

٢ - نظام الأسرة كالخطبة ، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والبائنة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، وتصحيح النسب والتبنى ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار .

٣ - الولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا .

٤ - المواريث والوصايا .[2]

المطلب الثانى
مسائل الأحوال الشخصية الموحدة بالنسبة لجميع المصريين

خطا المشرع خطوات واسعة فى طريق توحيد مسائل الأحوال الشخصية إيمانا منه بالمساوئ العديدة التى تترتب على نظام التعدد القضائى والتشريعى وما يشكله ذلك من مساس بسيادة الدولة ووحدتها الوطنية المرتبطة بوحدة النظام القانونى وتكامله .

---

(١) م ١٣ من قانون نظام القضاء .

(٢) ونفس الاتجاه، فى تبنى تعريف موسع للأحوال الشخصية اقانون ١/٢٠٠٠.

وقد عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية[1] بقولها : " تنص قواعد القانون العام على أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة وداخل بلادها ، كما تنص على أن يخضع جميع السكان على اختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة ، وقد ورثت مصر نظام تعدد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية عن الماضى ، فأصبح لكل طائفة قضاؤها وقوانينها الموضوعية الخاصة ، وإجراءاتها الخاصة مما أدى الى الفوضى والاضرار بالمتقاضين والتنازع فى الإختصاص ... فللطوائف غير الإسلامية أربعة عشر مجلساً ، والقواعد الموضوعية التى تطبقها أكثر المجالس فيما يطرح عليها غير مدونة ، وليس من اليسير أن يهتدى اليها عامة المتقاضين وهى مبعثرة فى مكانها بين مثوى الكتب السماوية وشرح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ، مبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو قبطية لايفهمها غالبية المتقاضين "

لهذا تدخل المسرع بنصوص تشريعية فى كثير من مسائل الأحوال الشخصية لتصبح موحدة بالنسبة لكافة المصريين أياً كانت ديانتهم أى أن القاضى فى تلك المسائل يرجع الى تلك النصوص مباشرة ، وهذه المسائل هى :

أولاً : المواريث :

خضعت مسائل المواريث ـ كقاعدة عامة فى الماضى ـ لإختصاص المحاكم الشرعية التى كانت تطبق بشأنها قواعد الشريعة الإسلامية حتى لو كان أطراف النزاع من غير المسلمين . ولكن

---

(١) القانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٥ الذى وحد الجهات القضائية. الذى حل محله القانون ٢٠٠٠/١.

المجالس الملية كانت تختص بنظر تلك المسائل فى الحالات التى يتفق فيها جميع المعنيين على الاحتكام الى قضائهم الطائفى[1] .

تدخل المشرع [2] ونظم مسائل المواريث بأحكام موحدة تطبق على كل المصريين أيا كانت ديانتهم . وتعبر المذكرة الايضاحية لهذا القانون عن ذلك بقولها " وستطبق هذه الأحكام على جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين بشأن كل المسائل أو المنازعات بالميراث أو الوصية " .

ولكن المشرع أورد استثناء فى هذا الشأن مقتضاه " أن قوانين المواريث والوصية ، وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى[3] .

وعلى هذا فإن تلك النصوص تعتبر بمثابة تقنين لما كان يجرى عليه العمل ، أى أنها اقرت الوضع السابق وتبنته .

([1]) ليس للمجلس الملى للأقباط الأرثوذكس ولاية فى النظر فى دعوى الميراث وتعيين الورثة إذا اختلفت ديانتهم ، ذلك أن شرط ولايته وفقا لنص المادة ١٦ من الأمر العالى الصادرفى١٤مايو سنة ١٨٨٣ فى مسائل المواريث هو اتحاد ملة الورثة جميعا واتفاقهم على الترافع إليه ، وإلا كانت الولاية على أصلها للمحاكم الشرعية ، فإذا كان المورث قد تزوج حال حياته حينما كان قبطيا أرثوذكسيا بزوجة رزق منها بأولاد ثم اعتنق الاسلام وتزوج بعد ذلك بزوجة رزق منها بأولاد آخرين حينما كان مسلما فصاروا مسلمين بالتبعية له ثم ارتد عن الإسلام ــ فإن الحكم الصادر من المجلس الملى المذكور فى دعوى إثبات وفاة هذا المورث وانحصار إرثه فى ورثة معينين يكون قد صدر منه فى غير حدود ولايته بعكس حكم المحكمة الشرعية الصادر فى هذا الخصوص " . نقض ١٩٥٦/٢/٢٨ س ٤ ص ١ .

([2]) القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

([3]) المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ .

ولكن القانون المدنى صدر بعد ذلك ونص على أن " تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها " ونص على أنه "تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها " [1] .

أى أن حكم القانون المدنى عام ولا مجال فيه لإستثناء ، خاصة وأن المذكرة الإيضاحية له تؤكد بأن قانون الملة لاينطبق حتى لو اتفق الورثة على أن ينطبق ٠

([1]) م ٧٨ ، ٩١٥ مدنى ٠

من المقرر – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين غير المسلمين داخلا فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الارث وانتقال التركة اليهم ، وإذ جرى نص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأنه لاتوارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم مع بعض ، وكان الإرث يستحق وفقا للمادة الأولى من القانون بموت المورث ، فإن مناط المنع من الإرث هو إختلاف الدين وقت وفاة المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى" ٠ نقض ١٩٨٤/٢/٥ س ٣٥ ص ٣٨٠ ٠

" جرى قضاء محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل مواريث المصريين غير المسلمين ومنها الوصايا وكانت تختص بنظرها المحاكم الشرعية ذات الولاية العامة الإ إذا تراضى الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم على الاحتكام إلى مجالسهم الملية فحينئذ فقط كان لهذه المجالس ولاية نظرها عملا بإتفاقهم مادامت لهم أهلية التصرف فى حقوقهم" ٠

" متى كان الثابت من حكم المجلس الملى الإنجيلى الصادر فى دعوى بطلب إعتماد وصية أن المدعى عليها لم تقبل الاحتكام إلى المجلس الملى ودفعت بعدم اختصاصه بنظر الدعوى الإ أنه رفض الدفع وحكم بإعتماد الوصية فإن قضاءه هذا يكون قد صدر من جهة ليس لها ولاية الفصل فى النزاع وبالتالى لاتكون له قوة الشئ المحكوم فيه ولايصح الاحتجاج به لدى المحكمة ذات الولاية العامة وهى المحكمة الوطنية منذ إلغاء المحاكم الشرعية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ " ٠

" القاعدة فى الشريعة الإسلامية – التى تحكم النزاع قبل العمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ – أن وصية غير المسلم كوصية المسلم لا تجوز لوارث الإ بإجازة باقى الورثة ٠ فإذا قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذ الوصية فى حق من لم يجزها من الورثة فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا" ٠ نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ س ١٩ ص ٤٧٥ ٠

إلا أن جانب من الفقه يرى أن الإستثناء الخاص بإمكان الاتفاق بين الورثة غير المسلمين على تطبيق شريعتهم لازال قائما ولم يتم الغاؤه بنصوص القانون المدنى ، لأن هذه النصوص عامة والعام لاينسخ الخاص ولو كان لاحقا له • حقا أن مسائل المواريث تعد من النظام العام وأنه يصعب القول بالإتفاق على مايخالفها ، الإ أن المشرع قد قبل مبدأ الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لتطبيق الشريعة الطائفية بين أطراف النزاع •

ولكن محكمة النقض التى تحرص دائما على توحيد الاحكام فى هذا الصدد ذهبت محمودة الى الأخذ بالتفسير الأول والمنطقى ، أى أن الأمر تم تقنينه وأصبح من صميم الأحوال العينية ولا مجال فيه لإختلاف الشريعة المطبقة[1] •

ويعن لنا أن نتساءل حول الأهمية العملية للخلاف القائم بصدد بقاء مكنة الاتفاق السابق من عدمه ، لأنه بطبيعة الحال أن كان هناك اتفاق بين جميع الأطراف على الإحتكام الى شريعة معينة وتم توزيع الميراث طبقا لذلك ، فإن المسألة لن تأخذ صورة النزاع ولن يعرض الأمر أمام القضاء ، أما أن رفض أحد الورثة ذلك ، فإن الشرط اللازم وهو "اتفاق الجميع " سيتخلف وستطبق الشريعة الإسلامية •

وهذا هو الفرض الراجح لأنه لا يعقل أن يكون نصيب أحد الورثة قدرا معينا حسب الشريعة الإسلامية ، ثم يرضى هذا الشخص بتطبيق

---

(1) قررت محكمة النقض بأن المواريث عموما ، ومنها الوصية هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين وفق قواعد الشريعة القائمة • نقض أول أبريل ١٩٤٣ مجموعة عمر ج ٤ ص ٧٤ •

وتقرر بأن دعاوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين المصريين كانت من اختصاص المحاكم الشرعية تجرى فيها وفق أحكام الشريعة الإسلامية • وتعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم تحكمه الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها • نقض ١٩٦٣/٦/١٩ س ١٤ ص ٨٤٣ •

شريعة أخرى تعطيه نصيبا أقل ٠

ثانيا : الوصايا :

تأخذ الوصية حكم الميراث تماما ، ومن ثم ينطبق عليهـا ما سبـق ذكره تماما من حيث الشريعة الواجبة التطبيق عليها ٠ أى أن مـيراث غير المسلم ووصيته يرجع فى شأنهما الى الشريعة الإسلامية ٠

وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى بقولها أن " وصية غير المسلم كوصية المسلم لاتصح الإ لموجود حقيقة أو حكما ، ولاتجوز بأكثر من الثلث ولاتجوز لوارث إلا بإجازة باقى الورثة ٠٠ فهذه مسـألة ماليـة صرفة لا علاقة لها بالدين ، بل هى من أمور الأحوال العينيـة التـى يكون فيها التشريع عاما لكل الرعايا مهما اختلفت أديانهم[١] ٠

ثالثا : الأهلية والنظم المرتبطة بها :

تعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية لكونها عنصـرا مـن عناصر الحالة ، إلا أن أحكامها لاتثور بصدد المعاملات المالية ، حيث يربط القانون صحة ابـرام التصرفـات القانونيـة بإكتمـال أهليـة الأشخاص ٠

لذا كان توحيد تلك الأحكام أمر ميسورا من قبل المشرع ، وأصبح الحكم المطبق بشأنها واحدا بالنسبة لكافة المصريين أيا كـانت الديانـة التى ينتمون إليها ٠

ويشمل التوحيد مسائل الحالة (بدء الشخصية ونهايتـها ـ الإسـم واللقب ـ القرابة) ، الأهلية ، نظم حماية عديمى الأهليـة وناقصيـها (الولاية والوصاية والقوامـة والإذن بالإدارة والمساعـدة القضائيـة

(١) نقض ٢٦/٢/١٩٣٤ طعن ٤٠ س ٣ ق ٠

والحجر)[1] .

رابعا : أحكام شخصية المفقود :

وحد المشرع القواعد التى تحكم مسائل الفقد بالنسبة لجميع المصريين ، حيث نص على أن " يسرى فى شأن المفقود والغائب الاحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية "[2] .

خامسا : الهبة :

نظم القانون المدنى أحكام الهبة الشكلية والموضوعية[3] ٠ وتوحدت بذلك تلك المسألة بالنسبة لجميع المصريين ٠ فالهبة ــ كما تقول المذكرة الإيضاحية ــ عقد مالى كسائر العقود فينبغى أن يستوفى التقنين المدنى أحكامها جميعا وأن يضعها فى مكانها بين العقود الأخرى ٠ ومن ثم تعد من مسائل الأحوال العينية بعد أن وضعها التقنين القديم بين مسائل الأحوال الشخصية ٠

سادسا: المسائل الإجرائية

يستقر الأمر على أن كافة المسائل الإجرائية وإجراءات التقاضى موحدة بالنسبة لكل المصريين بغض النظر عن ديانتهم، وقد كرس المشرع ذلك بإصدار القانون ١/٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

---

(1) وقد نظمت تلك الأحكام بالنصوص الواردة فى القوانين : ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، والقانون المدنى بالمواد من ٢٩ : ٥١. والقانون ١/٢٠٠٠.

(2) م ٣٢ مدنى والقوانين الخاصة المنظمة لتلك الأحكام هى المادة ٢١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، والقانون ٣٣ لسنة ١٩٩٢ ٠

(3) فى المواد من ٤٨٦ : ٥٠٤ ٠

المطلب الثالث

نطاق التعدد فى مسائل الأحوال الشخصية

(أ) حصر نطاق التعدد :

بعد إستبعاد المسائل السابقة التى تم توحيدها يتبقى بعد ذلك المسائل المتعلقة بنظام الأسرة أى الزواج ومايتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق ، وتطبق بشأنها الشرائع غير الإسلامية إذا توافرت شروط تطبيقها ، أى يسمح فيها بتعدد القوانين المطبقة حسب ديانة المتخاصمين .

ولايخفى ما فى هذا التعدد من مساس برقى النظام القانونى وسيادة الأمة ، لذلك نطالب مع الفقه بحركة توحيد فى هذا الشأن ،إن لم يكن هناك تشريع موحد يطبق على كل المصرين أياً كانت ديانتهم فلتوحد على الأقل تلك المسائل بالنسبة لغير المسلمين حتى لاتتعدد الشرائع بهذه الفوضى حسب الطوائف (١٤ طائفة) .

وجرت بالفعل عدة محاولات فى هذا المجال ولكنها لم تر النور ، ولعل ذلك راجع إلى حساسية تلك المسائل واتصالها بالعقيدة الدينية ، هذا بالإضافة إلى الخلافات القائمة بين الطوائف ولم يصل المجتمع المصرى بعد الى المرحلة التى تمكنه من تجاوزها.[١]

(ب) تضييق نطاق مسائل التعدد :

لاشك أن سلطان الدولة وسيادتها وتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين يقتضى وحدة القوانين والنظم المطبقة على الجميع الإ أن الظروف التاريخية والإجتماعية لمصر أوجدت فيها وضعاً شاذاً مقتضاه

---

(١) مثل مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد الذى أقرته كافة الطوائف المسيحية فى مصر عام ١٩٧٩. وإصدار البابا قوانين الكنائس الشرقية الكاثوليكية فى ١٨/١٠/١٩٩٠.

السماح بتعدد الشرائع المطبقة فى مسائل الأحوال الشخصية طبقاً لشريعة المتقاضين •

وأمام هذا الوضع الاستثنائى وانتظاراً لخطوة جريئة من المشرع يقوم فيها بالتوحيد ، ليس أمامنا سوى ضرورة حصر المسائل التى يسمح فيها بالتعدد فى أضيق نطاق ، خاصة وأن المشرع انتقص هذه المسائل الى حد كبير بإصداره تشريعات عدة وحد بها معظمها •

فالإعتبار الذى يبرر إعفاء غير المسلمين من الخضوع للشريعة العامة وولاية القانون العام الموحد هو اعتبار دينى ، فإذا تجرد الأمر من هذا الإعتبار وجب أن يكون الحكم واحداً بالنسبة للجميع •

وهذا هو ما حرصت محكمة النقض على تأكيده بأن " المقصود بالأحوال الشخصية التى من اختصاص المجلس الملى لايمكن أن يكون الإ المواد المذهبية أو الروحية التى لاتتصادم مع القواعد الاساسية العامة فى التشريع والتقاليد المتبعة فى ذلك إزاء الطوائف الملية جميعاً، والتى لم يرد الشارع الخروج عنها بأى حال[1] •

وقد سار القضاء فى هذا الإتجاه بوضوح ، إذ حرص دائماً على محاولة التوسع فى مجال التوحيد فى الأحكام وحصر المسائل التى يسمح فيها بتعدد الشرائع المطبقة فى أضيق نطاق • وتتضح محاولات القضاء فى توحيد الاحكام بطريقة مباشرة أو بطرق غير مباشرة •

ففى مسائل الخطبة أعلن القضاء صراحة أن الأمر يتعلق بمسألة عينية وطبق عليها قواعد القانون المدنى ، وأصبح الحكم فيها واحداً بالنسبة لجميع المصريين أياً كانت ديانتهم ، سواء تعلق الأمر بالحق فى

([1]) نقض ١٩٣٤/٦/٢١ السابق •

العدول عن الخطبة أو التعويض عن هذا العدول أو اســـــترداد المـــهر والهدايا والشبكة •

ومن ناحيـــة أخرى يطبق القضاء نفس الحلول بين المسلمين وغـير المسلمين فى كل ما يتعلق من آثار الزواج المتعلقة بإلتزامات الزوجيـــن فى الإخلاص وحسن المعاشرة والطاعة والنفقة والمساكنة والنسب كمـــا سنرى •

وتنحصر الخلافات كما سنرى فى الجانب الشكلى الدينى المرتبــــط بإنعقاد الزواج ومسألة التطليق وتعدد الزوجات •

المبحث الثانى

الشرائع غير الإسلامية فى مصر

يقر المشرع بشروط معينة تطبيق شريعة المتقاضيين بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية ، والتى تنحصر بصورة فعلية فى الزواج ، أى أن الزواج بالنسبة لغير المسلمين يظل محكوما بشرائعهم الملية • ويدعونا هذا إلى تحديد الشرائع غير الإسلامية حتى نتعرف على المصريين غير المسلمين المعنيين بهذا الحكم •

من المتفق عليه أن حرية العقيدة أمر مكفول للجميع ، الا أنه من وجهة النظر القانونية ، فإن المشرع لايرتب آثارا قانونية على الديانة الا إذا كانت الإسلام أو المسيحية أو اليهودية ، أى أنه بالنسبة لغير المسلمين لم يعتد المشرع الا بالمسيحية واليهودية •

والسبب فى ذلك هو أن القانون يشترط لتطبيق شريعة غير المسلمين أن يكون لهم قضاء ملى منظم وقت صدور قانون إلغاء المجالس الملية[1] • ولم يكن هناك قضاء ملى إلا بين المسيحين واليهود •

ومن ثم فأنه إذا ما أثير نزاع فى مسائل الزواج بين أفراد يدينون بدين غير سماوى كالبوذية أو من الملحدين الذين لا دين لهم ، طبقت الشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية •

ولاينطوى ذلك على مساس بحرية العقيدة • فحرية الاعتقاد تتمثل فى ترك الافراد يعتنقون الديانة التى يريدونها أو تغيير تلك الديانة ، أما ترتيب أثر قانونى معين على إعتناق الديانة أو تغييرها فذلك أمر

---

(١) ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. الذى حل محله القانون ١/٢٠٠٠.

يدخل فى صميم اختصاص النظام القانونى القائم ولامساس فى ذلك بحرية العقيدة •

ومن ثم فإن دراستنا تنصب على شرائع غير المسلمين الذين يدينون بدين سماوى وهم اليهود والمسيحيون ، فلنتعرف على الديانتين وما يضمان من مذاهب وطوائف قبل أن نعرض لشرائعهم والمصادر المستقاه منها •

المطلب الأول
الأديان السماوية غير الإسلامية

الفرع الأول
الديانة اليهودية

بشر سيدنا موسى باليهودية وبين تعاليمها فى التوراة • وكلمة توراه معناها الشريعة أو التعاليم الدينية • والتوراه جزء من العهد القديم الذى يضم الى جانبها اسفار الأنبياء المتقدمين والمتأخرين والكتابات •

وتضم التوراة خمسة أسفار : سفر الخلق ويشمل قصة خلق العالم ، وسفر الخروج ويتناول خروج بنى إسرائيل من مصر ، وسفر الأحبار، وسفر العدد ، وتروى هذه الأسفار أخبار السلف وخاصة أسر وأسباط بنى إسرائيل • أما السفر الخامس وهو سفر التثنية فيحوى الكثير من الأحكام الدينية والتشريعات والتعاليم •

المذاهب والطوائف اليهودية :

ظلت الديانة اليهودية ملة واحدة حتى القرن الثامن الميلادى حيث أنقسم اليهود الى مذهبين : الربانيون والقراؤن •

فالربانيون يؤمنون بالتلمود الى جانب التوراه ، فهو يمثـــل تـــوراه ثانية الإ أنه ظل شفهياً حتى دونه الأحبار ، لكنه نـــزل علـــى موســـى وتناقلته الأجيال شفاهة ، أما القراؤن فـــلا يعتقـــدون الإ فـــى التـــوراة الأصلية لأن الله لم ينزل سواها على موسى ، ولايؤمنون بالتلمود ٠

فالربانيون يقتصرون على الأحكام الواردة فى التلمـــود والتـــوراه ولايحيدون عنها ولايسمحون بالإجتهاد فيها ، أما القراؤن " فإن طريقتهم هى دائماً من واقع نصوص التوراة وحدها وتفسيرها وشرحها بالأدلـــة العقلية والقواعد العملية ، مع إستعمال القياس واتبـــاع الإجمـــاع فيمـــا لايخالف الكتاب وهم فى ذلك مجتهدون غير مقيدين ، إذ أنهم لم يقيدهـــم أحد كما قيد الربانيون بعقيدتهم فى المشنا وإحرام علماء التلمود إيـــاهم شرعاً إذا خالفوهم " ٠

وإذا كان القراؤن وهم أقلية ، قد ظلوا طائفة واحدة إلا أن الربـــانيين قد انقسموا الى طائفتين : طائفة الاشكينازيم وهم مـــن يـــهود الغـــرب وطائفة السفارديم وهم يهود الشرق ٠ وينتهمى يهود مصر الـــى تلـــك الطائفة الأخيرة ٠ ولكن كلاهما يخضع لجهة ملية واحدة ٠

الفرع الثانى
الديانـــة المسيحيـــة

يعد الإيمان بالسيد المسيح جوهر الديانة المسيحية ، إلا أن اختـــلاف المسيحين حول تحديد طبيعته أدى الى انقسامهم الى كنائس متعددة وقـــد اسهمت فى هذا التعدد عوامل سياسية وتاريخية عدة ٠

ونظراً لأنه يؤخذ فى الإعتبار المذهب أو الطائفة التى ينتمى اليـــها أطراف النزاع حتى تطبق شريعتهم ، فإنه ينبغى علينا التعـــرف علـــى المذاهب والطوائف التى تنقسم اليها الشريعة المسيحية ٠

بدأت المسيحية كلمة واحدة ، إلا أنها انقسمت بعد ذلك فـي القـرن الخامس الميلادى الى مذهبين : الارثوذكس والكاثوليك ، وفى القـرن السادس ظهر مذهب جديد هو المذهب الإنجيلى أو البروتستانتى •

(أ) المذهب الأرثوذكسى :

وتعنى الكلمة مذهب الـرأى المسـتقيم • وقـد انشـقت الكنيسـة الارثوذكسية عن كنيسة روما بفعل رواسب سياسية قديمة اتخذت مظهر الخلاف على العقيدة المسيحية • فقد كان للإضطهاد والتنكيل الذى لاقاه المصريون على أيدى الرومان أثرا فعالا فى هذا المجال •

فقد نادت الكنيسة الاثوذكسية بالطبيعة الواحدة للسيد المسيح ألا وهى الطبيعة الالهية ، مما إعتبر ذلك خروجا على المستقر حتى ذلك الحيـن ألا وهو أن السيد المسيح عليه السلام له طبيعتان : طبيعة إلهية وطبيعة بشرية •

وتنتمى الغالبية العظمى من المسيحيين فى مصـر إلـى المذهـب الارثوذكسى ، فقط ولد هـذا المذهـب علـى يـد الكنيسـة القبطيـة بالإسكندرية •

وعقب انفصال الكنيسة القسطنطينية عن كنيسة روما بسبب الخلاف حول زعامة العالم المسيحى فى عام ١٠٥٤ لقبت الأولى نفسها بإسـم الكنيسة الارثوذكسية والثانية بإسم الكنيسة الكاثوليكية •

وانضم للمذهب الارثوذكسى بعض أهل الشرق من أرمن وسـريان وأقاموا لأنفسهم كنائس أرثوذكسية مستقلة ، وبذلك أصبح هذا المذهـب يضم غالبية مسيحى الشرق ، بينما أصبح المذهب الكاثوليكى هو مذهب أهل الغرب •

وينقسم المذهب الارثوذكسى الى عدة طوائـف وذلـك بسـبب

اختلاف اتباعه فى اللغة والعادات والتقاليد • وتلك الطوائف هى :

١ ـ طائفة الأقباط وتنتمى الى الكنيسة المصرية لأن أفرادها من المصريين أصلا •

٢ ـ طائفة الروم ، وتتبع الكنيسة اليونانية ، ويعتبر أفرادها أصلا من سكان الجزء الأوروبى من الامبراطورية الرومانية •

٣ ـ طائفة الأرمن ، وتتبع الكنيسة الأرمنية ، وأفرادها من أصل أرمنى •

٤ ـ طائفة السريان ، ويرجع أفرادها الى الأصل السورى ، وتتبع الكنيسة السورية[1] •

([1]) وقد أكدت محكمة النقض بأن كل من الأقباط الأرثوذكس والسريان الأرثوذكس طائفتان مختلفتان •

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طائفة السريان الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس وأن لكل منهما مجلسها الملى قبل إلغاء المحاكم الملية فإن إنضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان الأرثوذكس وانسلاخه من طائفة الأقباط الأرثوذكس التى بقيت عليها زوجة الطاعن يعتبر تغييرا للملة والطائفة يوجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وفق المادتين السادسة والسابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولا إعتداء بالقول بأنهما يتبعان مذهبا واحدا هو المذهب المسيحى الأرثوذكسى •

" السلطات الممنوحة لرجال الدين المسيحى والتى لازالت باقية لهم رغم إلغاء المحاكم الملية بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ إنما تتمثل فى السلطان الكهنوتى المستمد من الرب الذى يقوم عليه النظام الكنسى بما يفرضه لرجال الدين من حقوق وإمتيازات وما يوجب على المؤمنين بهذا النظام من ولاء وخضوع ، وأبرز هذه السلطات الباقية التى تتمتع بها الجهات الرئاسية للكنيسة سلطة التعليم وسلطة منح الأسرار المقدسة وسلطة قبول أو رفض طلبات الانضمام دون سلطة القضاء أو التشريع " •

" إذا كان مناط ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية عملا بحكم المادة ٥٢ من القانون المدنى هو ـ وعلى ماجرى به قضاء النقض ـ إعتراف الدولة إعترافا خاصا بها سواء صراحة بصدور القانون أو ضمنا بالمصادقة على تمثيل الهيئة الدينية ، فإن ماتضمنته القرارات الصادرة من الرئاسة العليا لطائفتى الأقباط الأرثوذكس والسريان من أن الكنيستان شقيقتان متحدتان فى الإيمان والعقيدة وليس بينهما أى فرق مذهبى أو خلاف عقائدى ، ليس من شأنه إدماج إحدى الطائفتين فى الأخرى أو إلغاء الاعتراف الذى قررته الدولة لأيهما ، ولا يندرج ذلك ضمن السلطات الدينية الخالصة الباقية لرجال الكنيسة إذ هى مزاج من الدين ومن محاولة التحلل من أوضاع قانونية قائمة معترف بها=

(ب) المذهب الكاثوليكى :

ويقوم على إزدواج طبيعة السيد المسيح (البشـــرية والالهيـــة) ، وتزعم هذا المذهب كنيسة روما ولهذا تسمى بالكنيســـة الكاثوليكيـــة أى الجامعة أو العامة ، وتسيطر على غالبية مسيحى الغرب ، الا أن لـــها بعض الأنصار فى الشرق كالموارنة اللبنانيين والكلدانيين فى العـــراق وبعض المسيحيين الذين كانوا تابعين للكنائس الأرثوذكسية مـــن القبـــط والأرمن والسريان والروم٠

ويضم المذهب سبع طوائف هناك أربعة من أصل ارثوذكســـى ارتدوا عن مذهبهم ودخلوا فى الكاثوليكية أبان الحرب الصليبيـــة وهـــم القبط والروم والسريان والأرمن ٠ هذا بالإضافة إلى ثـــلاث طوائـــف أخرى هى : الموارنة (من أصل لبنانى) والكلدان (من أهل العراق) واللاتين من أصل أوروبى ٠

(ج) المذهب البروتستانتى :

ظهر هذا المذهب فى القرن السادس عشر على يد الراهب الألمـــانى مارتن لوثر ، حيث خرج على الكنيسة لإعتباره أن الأنجيل هو المصدر الوحيد للمسيحية ومن حق كل فرد أن يقرأه ويفسره ولايقتصر الأمـــر على رجال الكنيسة ، فهم رجال عاديون ٠ ويسود هذا المذهـــب فـــى البلاد الانجلوسكسونية وبصفة فى إنجلترا وأمريكـــا وشـــمال أوروبـــا وألمانيا ٠

ورغم تعدد طوائف هذا المذهـــب الا أن المشـــرع المصـــرى قـــد اعتبرهم جميعا طائفة واحدة تعرف بإسم طائفة الإنجيليين الوطنييـــن ، وذلك استنادا إلى أن مرجعهم المشترك والوحيد هو الكتاب المقدس أى

= بما لايغير من بقاء قيام الخلاف بين الطـــائفتين " ٠ نقـــض ١٩٧٨/٦/٢٨ س ٢٩ ص ١٦٠٤ ٠

الانجيل[1] ٠

المطلب الثانى
الطوائف التى يعتد بها القانون المصرى

رأينا أن الديانة المسيحية انقسمت إلى ثلاثة مذاهب : أرثوذكس ، كاثوليك ، بروتستانت ٠

---

(1) وتؤكد محكمة النقض بأن المشرع اعتبر الطائفة الانجيلية بكافة شعبها وكنائسها طائفة واحدة ، وتعهد لظروف خاصة أن يجعل اعتراف الدولة منصبا عليها كطائفة دون أن يسبغ الشخصية المعنوية على أى من كنائسها رغم تعددها ، واقتصر على المصادقة على تنصيب من يمثل المجلس العمومى للطائفة بإعتباره يمثلها جميعا ٠ يظاهر هذا القول أن ديباجة الأمر العالى المشار إليه أوضحت أن الغرض من إصداره هو تعيين الشروط اللازم توافرها فيمن يكون عضوا بالطائفة تعيينا دقيقا واضحا ومجرد ايجاد مندوبين للجمعيات الدينية على اختلاف أنواعها المشتركة فى شئون الطائفة دون أن تشير إلى الإعتراف بالشخصية الإعتبارية للكنائس المنضمة للطائفة أخذا بأن الإعتراف هو للطائفة جميعها ، لما كان ما تقدم وكانت المادة ١٢ من الأمر العالى إنما تستهدف بيان الموارد المالية للمجلس العمومى للطائفة وتبرر أن الإيرادات التى تصل إلى مختلف الكنائس التابعة للطائفة إنما تسهم بها فى نفقات هذا المجلس دون أن تكون لها ذمة مالية منفصلة لأن هذه الإيرادات تعتبر مالا للطائفة الإنجيلية كلها ، وكانت المادة ٢ من ذات الأمر إنما تبين اختصاص المجلس العمومى للطائفة دون أن تفيد أن الكنائس النابعة للطائفة والتى لها مندوبين بالمجلس تتمتع بالشخصية الإعتبارية أو أن لها ذمة مالية مستقلة ، وإذ خالف الحكم هذا النظر وإعتبر أن للكنيسة التى يمثلها الطاعنان ذمة مالية مستقلة فإنه يكون معيبا " ٠ نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ س ٢٩ ص ٩١٧ ٠

" مناط تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين بالتطبيق للمادتين السادسة والسابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، هو اختلاف الطرفين فى الملة أو الطائفة ، ولما كان البين من الأوراق أن المطعون عليه ـ المطلق ـ إنضم إلى جماعة الادفنتست بعد أن كان يتبع كنيسة الانجيليين الوطنيين وكلاهما من شيع المذهب البروتستانتى ، فإن ذلك لايعد بذاته تغييرا للطائفة أو الملة يجيز له ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة وفق الشريعة الإسلامية ، ويكون الحكم ـ المطعون فيه ـ إذ أقام قضاءه على سند من أن مجرد انتماء المطعون عليه لطائفة الادفنتست يجعله والطاعنة ـ المطلقة ـ التى لازالت تنتمى لطائفة الانجيليين الوطنيين مختلفى الملة والطائفة قد أخطأ فى تطبيق القانون " ٠ نقض ١٩٨٠/٢/٦ س ٣١ ص ٤٣٩ ٠

مؤدى ذلك أن الإنتقال من طائفة إنجيلية إلى طائفة إنجيلية أخرى لايعتبر تغييرا للطائفة يستوجب تطبيق الشريعة الإسلامية ٠ كما أن الإنتقال من أحد المذاهب غير الإنجيلية إلى إحدى شيع أو طوائف المذهب الإنجيلى لايعتد به كتغيير للملة أو الطائفة ، مالم يكن ثابتا بشهادة من المجلس الملى الإنجيلى العام. الطعن ١٤٠ س٦٤ ق جلسة ١٩٩٨/٢/١٦.

ويضم المذهب الأرثوذكس أربع طوائف : الأقباط ، الأرمن ، السريان ، الروم[1] .

ويضم المذهب الكاثوليكى ما يقابل الطوائف الأربع السابقة (الأقباط، الأرمن ، السريان ، الروم) يضاف إليها ثلاث طوائف أخرى : الموارنة ، الكلدان ، اللاتين .

أما البرتستانت فبالرغم من تعدد طوائفهم من الناحية الواقعية الإ أنهم يعتبرون فى مصر طائفة واحدة ، وهى طائفة الإنجيليين الوطنيين[2] .

أما اليهود فينقسمون إلى طائفتين : الربانيون والقراؤن ولكن هل يعترف القانون المصرى بكل هذه الطوائف ؟ أى هل يسمح المشرع بتطبيق الشرائع الخاصة بها فى مسائل الزواج إذا توافرت شروط تطبيقها ؟

([1]) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٣١ يناير ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنية ، س ١٩ ، ١٩٦٨ ، ص ١٧٩ وما بعدها بأن " القول بأن إنضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان الأرثونكس لايعتبر تغييرا للملة والطائفة لأن السريان والأقباط الأرثوذكس يتبعان مذهبا واحدا هو المذهب المسيحى الأرثوذكسى مردود بأن طائفة السريان الأرثونكسى تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس ولكل منهما مجلسها الملى الخاص بها " .

([2]) أن الإنضمام إلى طائفة الادفنتست ، وهى إحدى " شيع المذهب البروتستانتى ، لايعتبر تغييرا للملة أو الطائفة مما يستوجب تطبيق الشريعة الإسلامية ، طالما أن الشهادة الصادرة من نائب وكيل الطائفة الإنجيلية ، تشهد بأن الشخص لازال قبطيا أرثوذكسيا ، ولا أهمية للمستندات الأخرى التى قدمها هذا الشخص لإثبات أنه انضم إلى طائفة الادفنتست (السبتيين) " . نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ س ٢٩ ص ١١٣٧ .

مؤدى ذلك أنه لايعتد فى إثبات الانضمام إلى إحدى شيع الطائفة الإنجيلية بالشهادات الصادرة من هذه الشيع التى ليس لها حسب تعبير محكمة النقض " وجود قانونى ورئاسة دينية معتمدة من الدولة " .

وتقرر فى حكم آخر بأن " اقتصار الطاعن على الإنتماء إلى الكنيسة الاسقفية بالولايات المتحدة الأمريكية ليس من شأنه فى التشريع القائم أن ينتج أى أثر قانونى فى صدد تغيير الملة أو الطائفة بما يخرجه عن وحدة طائفية إلى أخرى تجيز له إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وفق الشريعة الإسلامية " نقض ١٩٧٩/٣/٢٨ س ٣٠ ص ٦٦٨ .

يعتد المشرع بالفعل بكل هذه الطوائف ويسمح بتطبيق شرائعهم ومناط الإعتراف هو وجود جهة قضائية خاصة بكل منها لتطبيق شريعتها عند صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ •

أى أن القانون أقر ما كان سائدا قبل صدوره من أوضاع ، حيث كان هناك تلازم بين الإختصاص القضائى والإختصاص التشريعى ، إذا كانت كل طائفة لها قضاء منظم يطبق شريعتها ، وإذا لم يكن لطوائف الخصوم هيئة مختصة بالفصل فى قضاياهم تم الإلتجاء الى المحاكم الشرعية التى كانت تطبق الشريعة الإسلامية •

أما الآن وقد ألغيت المجالس الملية وتم توحيد القضاء فقد أصبح القضاء الموحد صاحب الاختصاص العام ولكنه ـ تأثرا بالوضع السابق ـ يطبق فقط الشريعة الطافية التى كان لها مجلس ملى منظم قبل صدور القانون الحالى •

المقصود بالقضاء الملى المنظم (سابقا) :

ينبغى كما قلنا أن نكون بصدد طائفة معترف بها من قبل الحكومة ولو بطريق غير مباشر مثل اعتماد تعيين رئيسها الدينى ، ويهدف ذلك الشرط إلى بسط نوع من رقابة الدولة على الطوائف غير الإسلامية ، وحتى لايقوم مدع بجمع عدة أتباع حوله ويتخذ لهم نظاما للزواج والطلاق ومايتبعها من العلاقات العائلية وينصب نفسه قاضيا يتمتع بولاية الحكم عليهم فى المسائل الخاصة بأحوالهم الشخصية • وقد رأينا أن المشرع المصرى يعترف بالطوائف السابقة •

تمثل الاساس القانونى للجهات القضائية للطوائف فى مصر فى الخط الهمايونى الصادر فى١٨فبراير١٨٥٦منظما للإدارة والمحاكم والبطركخانات والامتيازات الدينية للطوائف غير الإسلامية •

وقامت الحكومة المصرية بعد ذلك بتنظيم ثلاث طوائف : الأقباط الأرثوذكس (١٨٨٣) ، الإنجيليون الوطنيون (١٩٠٢) ، الأرمن الكاثوليك (١٩٠٥) أى أن محاكم هذه الطوائف أصبحت تستمد أساسها القانونى من التنظيم المذكور .

أما باقى الطوائف فإستمرت تستمد ولايتها من الخط الهمايونى السابق إلى أن انفصلت مصر عن السلطة العثمانية وصدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ ونص على أن السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن فى الديار المصرية تستمر ، الى حين الاقرار على أمر آخر ، على التمتع بما كان لها من الحقوق قبل زوال السيادة العثمانية . وعلى هذا فإن المجالس الملية لهذه الطوائف (التى يصدر لها تنظيم خاص) أصبحت تستمد ولايتها من القانون المذكور (١٩١٥) .

هذا عن المقصود بالقضاء المنظم أما عن المقصود بالملى ، فهو ليس كما هو ظاهر من حرفية اللفظ ، الملة أو المذهب العام الموجود داخل الديانة مثل الأرثوذكسية أو الكاثوليكية أو الإنجيلية ، بل الطوائف الدينية التى تكونت داخل الملة أو المذهب .

فالمشروع رغب فى تقنين الوضع السابق حيث كانت هناك محاكم خاصة لكل طائفة من طوائف كل مذهب أو ملة ، أى أن المقصود بالقضاء الملى هو القضاء الطائفى ، ومن ثم فإن الشريعة التى تطبق هى الشريعة الطائفية وليست قواعد الملة أو المذهب الذى تنتمى اليه هذه الطائفة .

وعلى هذا فإن كان هناك نزاع بين طرفين أحدهما قبطى أرثوذكسى والآخر سريانى أرثوذكسى فإن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق عليهما لإختلاف الطائفة ولايمكن القول بأنهما ينتميان إلى ملة واحدة هى الأرثوذكسية وينبغى تطبيق شريعتها . ولايؤثر فى ذلك وجود

قواعد مشتركة بين الطائفتين أو حتى اتفاقهما على هذا الأمر ٠

وخلاصة القول أن المشرع يشترط للسماح بتطبيق الشريعة غير الإسلامية فى مسائل الزواج أن تكون تلك الشريعة تخص طائفة سبق وأن كان لها جهة قضائية منظمة قبل صدور القانون الحالى ٠

المطلب الثالث

مصادر الشرائع غير الإسلامية

قبل أن نعرض لمصادر الشرائع غير الإسلامية ، علينا أولا التعرف على المقصود من شريعة غير المسلمين ٠

الفرع الأول

المقصود بشريعة غير المسلمين

نص المشرع على تطبيق شريعة المتقاضين بشروط معينة فى مسائل الزواج بين غير المسلمين[1] ٠ وقد أثار لفظ شريعة هذا خلافا حول تحديد المقصود به ٠

هل يقصد بالشريعة ماورد فى الإنجيل أو التوراة فقط ؟ أم يقصد بها المصادر الإضافية الخاصة بكل طائفة إلى جانب الكتب السماوية ؟

ثار هذا التساؤل وبدت أهميته بمناسبة تحديد الأسباب التى يحكم من أجلها بالتطليق فى الشريعة المسيحية ٠ فالإنجيل لايعرف الإ التطليق لعلة الزنا ، بينما المصادر الخاصة تضيف أسبابا أخرى للتطليق وتتوسع فيه ٠

---

[1] المادة الثالثة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. الذى حل محله القانون ١/٢٠٠٠.

الإتجاه الأول :المقصود بالشريعة أحكام الكتب السماوية فقط:

يرى هذا الإتجاه أن المقصود بالشريعة التى يرجع إليها القاضى فى هذا المجال هى الأحكام الواردة فى الكتب السماوية فقط ، فهى المصدر الوحيد الذى يستقى منه القاضى حكمه ، وأنه لاحجة فى القواعد التى جرى عليها العمل أمام المجالس الملية بالنسبة لكل طائفة .

ويستند هذا الرأى إلى انه من المبادئ الأولية المقررة فى كافة شرائع العالم أنه لا إجتهاد مع صريح النص ، فليس يقبل بعد ذلك ممن سموا أنفسهم مفسرين لأحكام الإنجيل أن يخرجوا بالمعنى عن مدلوله الصريح بحجة تفسيره ، لأن ذلك التفسير استمد من أحكام القانون الرومانى وقت أن اعتنقت الدولة الرومانية المسيحية فأبقت بعض شرائعها . وإذا كان عرف اليهود أو النصارى قد جرى على الأخذ بهذه القواعد فهو عرف فاسد لايعتد به لمخالفته نصوص الكتاب المقدس . أضف إلى ذلك أن السلطة الحاكمة لم تصدق على هذه القواعد ومن ثم لاتعد ملزمة للقاضى .

وعلى هذا يتعين عدم الإعتداد بما أشار إليه رجال الدين فى فتاويهم الروحية ومجالسهم الدينية والقضائية . " أما مايقرره بعض المجتهدين من رجال الدين المسيحى والمجالس الملية من اباحة أسباب التطليق فأنه يتجافى مع صريح نص الشريعة السماوية التى لاتبيح الطلاق إلا لعلة الزنا ، والأصل أنه لايرجع لقواعد العدالة والعرف إلا عند عدم وجود النص "

الإتجاه الثانى: المقصود بالشريعة الكتب السماوية وغيرها :

إلا أن الراجح فى الفقه والقضاء هو أن الشريعة التى يرجع إليها تنصرف إلى ماورد فى الكتب السماوية وما أقره رجال الدين فى

فتاويهم الروحية ومجالسهم الدينية والقضائية التى صارت عرفا إستمد قوته من تطبيقه دوما طويلا ، إذ لا يصح إهدار كل قيمة لما درجت عليه هذه المجالس وما أفتى به رجال الدين ، فتقاليدهم هذه تعد جزءا من شريعتهم • وهذا هو ماجرى عليه العمل أمام جهات القضاء الملى ، تاركا الأحكام الموضوعية تطبق كما كان يجرى عليه العمل[١]•

هذا بالإضافة إلى أن الإعتماد على الكتب المقدسة وحدها لايسعف القاضى لأن تلك الكتب تهتم أساسا بالجانب الروحى دون المعلملات • أضف إلى ذلك أن قواعدها عامة مجملة ليس فيها التفصيل الذى يعين القاضى إذا ماعرض عليه نزاع ، بل لابد له من الرجوع إلى ماقال به رجال الدين وماجرى عليه العمل •

فهناك فارق بين الدين والشريعة ، " فإذا كان الدين هو الشريعة بالمعنى العام أى يتناول كل ماشرعه " الله " سواء فى ذلك ما تعلق

---

(١) أن صدور الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة طبقا لشريعتهم لايقتصر مدلوله على ماجاء بالكتب السماوية وحدها بل ينصرف إلى ما كانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل الغائها بإعتبارها شريعة نافذة• طعن رقم ١٦ لسنة ٥٨ق (أحوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ •

إذ لم يكن فى ميسور المشرع حين ألغى هذه الجهات أن يضع القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين فاكتفى بتوحيد جهات القضاء تاركا الوضع على ماكان عليه بالنسبة للأحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها وأحال إلى الشريعة التى كانت تطبق فى تلك المسائل أمام جهات القضاء الملى • طعن رقم ٢٥ سنة ٣٨ ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩٧١/١٢/١ س ٢٢ ص ٩٧٢ •

مفاد الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من صدور الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة طبقا لشريعتهم لايقتصر مدلوله على ماجاء بالكتب السماوية وحدها بل ينصرف إلى ماكانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل الغائها بإعتباره شريعة نافذة ، وإذا كان البين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بالتطليق إلى مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٢٨ التى اطردت المجالس الملية على تطبيقها فإنه لايصح النعى عليه بالانحراف عن تطبيق الشريعة الواجبة التطبيق • طعن رقم ٤ لسنة ٤٨ ق ـ جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ •

بالمعتقدات وبالوجدانيات ومـــاتعلق بالأعمـــال ، فالشـــريعة بـــالمعنى الخـــاص هى على حد تعبير الفقهاء الإسلاميين عبارة عـــن الأحكـــام المتعلقة بكيفية الأعمال فقط وهى موضوع علم الفقه بالذات " • فـــالدين المسيحى لايسمح بالتطليق الإ لعلة الزنا بينما الشريعة المسيحية تتوســـع فى أسبابه• ومن ثم يجب فهم الشريعة المسيحية على أنها تضـــم إلـــى جانب الأحكام المستقاه من الكتب السماوية ، كتابات الرســـل واقوالـــهم ومايصدر عن رجال الدين فى فتاويهم الروحيـــــة ومجالســـهم الدينيـــة والقضائية التى تصبح عرفا •

وذلك من باب القياس على المقصود بالشريعة الإسلامية حيث تضم القران والمصادر الأخرى مثل السنة والإجماع والقياس إلى غير ذلك •

ويتفق هذا مع قصد المشرع الذى يتضـــح مـــن خـــلال المذكـــرة الإيضاحية للقانون[1] الذى وحد جهات القضاء وأحال إلى الشرائع الدينية للمتقاضين فيما يتعلق بمسائل الزواج حتى لايكون هناك أى إخلال بحق أى فريق من المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، فى تطبيق شـــريعة كل منهم • وتشير المذكرة الإيضاحية إلى أنه من أسباب إصدار القانون هو أن القواعد الموضوعية التى كانت تطبقها أكثر المجالس الملية كانت غير مدونة، ولم يكن من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين ، بـــل كانت مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشـــروح تـــأويلات بعض المجتهدين من رجال الكهنوت •

وهذا ما يأخذ به أئمة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية فى مصر فـــهم يأخذون بالقرابات المحرمة بالرغم من أن الإنجيل لم يتحدث عنـــها ، الإ أنها مستمدة من المصادر الأخرى للشريعة المسيحية •

ويسير القضـــاء على ذلك المنهـــج مقـــررا أن " قصد المشرع من

---

(1) ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. المستبدل بالقانون ١/ ٢٠٠٠.

تطبيق شريعة غير المسلمين هو الشريعة الدينية الواردة فـــى الكتـب السماويـــة وتبريرات وتأويلات واجتـــهاد الهيئـــة الدينيـــة والرؤســاء الروحيين ، والتقاليد الدينية التى بلغت العرف الملــزم ، أى الشــريعة بمعناهـــا العام(١) .

وتؤكد محكمة النقض ذلك صراحة حيث تعتبر أن لفظ الشريعة لفظا عاما لايقتصر مدلوله على ماجاء فى الكتب الســماوية وحدهـــا ، بـل ينصرف إلى ماكانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل إلغائها(٢) .

وتضيف محكمة النقض ، من جهة أخرى ، أن الأحكام التى يتعيـن على المحاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشــريعة الخاصــة الواجبة التطبيق أما عن قواعد الاختصاص ومسائل الإجرءات فــالحكم فيها واحد وتسرى نفس القواعد على جميع منازعات الأحوال الشخصية أيا كانت ديانة أطرافها(٣) .

---

(١) القاهرة الإبتدائية ١٩٥٦/٣/١٨ .

(٢)تنص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية على أنه " أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صـدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا " لشريعتهم " ولفـظ شريعتهم هـو لفظ عام لايقتصر مدلوله على ماجاء بالكتب السماوية وحدها بل ينصرف إلى كل ماكـانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل إلغائها بإعتباره شريعة نافذة . إذ لم يكـن فـى ميسـور المشرع حين ألغى هذه الجهات أن يضع القواعد الواجبة التطبيق فــى مسـائل الأحـوال الشخصية لغير المسلمين فإكتفى بتوحيد جهات القضاء تاركا الوضع على ماكـــان عليـه بالنسبة للأحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها وأحال إلى الشــريعة التـى كانت تطبق فى تلك المسائل أمام جهات القضاء الملى . طعـن رقـم ٢٥ سـنة ٣٨ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٧١/١٢/١ س ٢٢ ص ٩٧٢٠ ــ طعن ٢٠ لسنة ٦٣ق جلسـة ١٩٩٦/١١/٢٥.

(٣) أن النص فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من القـانون رقـم ٤٦٢ لسـنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية على أنه " بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشـخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمـة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام ــ فى نطاق النظام العام ــ طبقـا لشـريعتهم " مفاده ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن الأحكام التى يتعين علـى المحـاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق . طعن رقـم ٨١

الفرع الثانى
مصادر الشريعة المسيحية

المقصود بمصادر الشريعة :

ترمز كلمة مصدر فى اللغة القانونية إلى عدة معان ، فأما أن نكون بصدد مصدر رسمى أو شكلى ويقصد به الطرق التى تستخدم للتعبير عن القاعدة القانونية كالدستور والتشريع والعرف .

وأما أن نكون بصدد مصدر موضوعى أو مادى ويقصد به جوهر القاعدة القانونية أى المادة الأولية التى تشتق منها تلك القاعدة ، كالرغبة فى تحقيق العدل أو العوامل التاريخية أو الإقتصادية أو الدينية .

وأما أن تستخدم كلمة مصدر للتعبير عن الوثائق أو الأثر الذى يحمل لنا القواعد القانونية وذلك كمجموعات النصوص ، وهنا نكون بصدد المصادر التاريخية .

ونعرض للمصادر التى يلجأ إليها القاضى للوصول إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بين المسيحيين فى المجالات التى يحيل إليها القانون ، وتلك المصادر إما أن تكون مشتركة بين كافة الطوائف وإما أن تكون خاصة بكل طائفة .

الغصن الأول
المصادر المشتركة

١ - الكتاب المقدس :

ويشمل التوراة أو العهد القديم ، بالإضافة إلى الإنجيل الجديد أو العهد الجديد . ويرجع المسيحيون إلى العهد الجديد بأناجيله الأربعة :

لسنة ٥٨ ق (أحوال شخصية) ــ جلسة ١٩٩١/٢/٢٦ ــ طعن ٢٦١ سنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٦.

متى ومرقس ولوقا ويوحنا • وهو لايحتوى الإ على القليل من الأحكام، بصفة خاصة فيما يتعلق ببعض مسائل الزواج والطـــلاق ، لـــذا فـــإن المسيحيين يحتكمون فيما لم يرد فيه نص إلى العهد القديم بالقدر الذى لا تتعارض أحكامه مع أحكام الإنجيل •

٢ - *قوانين الرسل :*

ويقصد بها الكتابات المنسوبة للرسل ، ونسبتها تلك هى التى تضفى عليها صفة القدسية وتجعل منها المصدر الثانى الذى يرجع إليـــه فـــى بعض القواعد الشرعية ، بعد الكتاب المقدس ، لذا فهى تعد النواة الأولى للفقه المسيحى •

وهذه الكتابات تتكون من خمسة كتب هى : فقه الرسل الإثنى عشـــر (الديداخا) ــ تعاليم الرسل (الدسقلية) ــ المرسوم الكنسى المصرى ــ القواعد الكنسية ــ القواعد الشرعية اللاحقة للصعود •

٣ - *قرارات المجامع :*

وتتمثل فى الإجتماعات التى يعقدها رجال الكنيسة لمناقشة ووضـــع الحلول لبعض المشاكل المعروضة ، وتلزم القرارات المتخذة الكنـــائس مجتمعة ، ويختلف نطاق الإلزام على صفة وعـــدد المشـــاركين فـــى المجمع•

فالمجامع العامة أو المسكونية نسبة إلى أنها تضم ممثلين عن العالم المسكون ، لذا تسرى أحكامها على كافة اتباع المسيحية ، ومـــن هـــذه المجامع المجمع عليها : مجمع نيقية ــ القسطنطينية ــ أفســـوس الأول ــ أفسوس الثانى •

أما المجامع المحلية فتقتصر على أساقفة أو كنائس أقليم معين ولذلك فهى لاتلزم الإ الأفراد الذين يتبعون هذا الإقليم •

٤ - مراسيم الرؤساء الدينيين ، وفقة آباء الكنيسة :

والمراسيم هى التعاليم التى يصدرها البطاركة والمطارنة وتوجه إلى الكهنة لتنظيم شئون الطائفة ، وتزايدت أهميتها لما تتضمنه من قواعد شرعية من جهة ونظرا لصعوبة عقد المجامع من جهة أخرى ٠

وتستمد القواعد الشرعية كذلك من مؤلفات رجال الكنيسة من الآباء والرهبان وبصفة خاصة القدامى ، كقواعد القديس باخوم والقديس باسيليوس ويوحنا الذهبى ٠

٥ - العرف :

وهو ما جرى عليه العمل بقبوله وموافقة رجال الكنيسة المختصون ويعتبر مصدرا هاما للشريعة المسيحية ، وهو قد يكون عاما ، وقد يتخذ طابعا اقليميا أو طائفيا ، وهنا ينحصر إلزامه فى هذا النطاق ٠

الغصن الثانى

المصادر الخاصة بكل طائفة

إلى جانب المصادر المشتركة السابقة ، كان من الطبيعى إزاء إنقسام الكنيسة إلى عدة طوائف أن تستقل كل طائفة بمصادرها الخاصة، هذا بالإضافة إلى المجموعات التشريعية التى ظهرت حديثا على يد فقهاء رؤساء كل طائف لتبرز شخصيتها واستقلالها من جهة وتسهيل الرجوع إلى أحكامها وتيسير تطبيقها من جهة أخرى ٠

(أ) المذهب الأرثوذكسى :

١ - **الأقباط الأرثوذكس :** قامت محاولات فقهية عدذ لتدوين وتجميع القواعد الشرعية ، هذا مع الإجتهاد على ضوء العرف وحاجات البيئة والشرائع المقارنة ، كالقانون الرومانى والفرنسى والشريعة الإسلامية ٠

ومن هذه المجموعات : مجموعة البطريرك كيرلس الثالث (بن لقلـق) عام ١٢٣٧ وتستمد قوتها الملزمة من إعتمادها بواسـطة مجمـع مـن المطارنة (مجمع محلى) ـ المجموع الصفوى لإبن العسـال ، وهـو مؤلف قيم فى مسائل الأحوال الشخصية ، لذا يعتبر من أهم المراجـع المعمول بها ـ كتاب الخلاصة القانونية للإيغومانونسى فيلوثاؤس عـام ١٨٩٦ ٠

وهناك كذلك مجموعات من النصوص التى وضعت فـى مسـائل الأحوال الشخصية وذلك كمجموعة سنة ١٩٣٨ الصادرة من المجلـس الملى العام ومشروع القانون فى عام ١٩٥٥ ٠ وكلاهما غير ملزم لعدم اقرارهما من المجمع المقدس ولكن لهما قيمة أدبية كبيرة لما ينطويـان عليه من تنظيم واستهداء بما جرى عليه العمل والمؤلفات الفقهية السابقة لذا تهتدى بهما المحاكم فى القضايا المعروضة ٠

٢ - **السريان الأرثوذكس** : ومن أهم مؤلفات الفقه السـريانى كتـاب الهدى لإبن العبرى ٠ وقد ظهرت لهم مجموعـة خاصـة بـالأحوال الشخصية عام ١٩٢٩ وهى تقترب من أحكام الأقباط ٠

٣ - **الأرمن الأرثوذكس** : يعتبر كتاب الأحكام القضائيـة لمختـار جوش أول مجموعة فقهية لديهم وترجع للقرن الثـانى عشـر ، ولـهم مجموعة وضعت فى عام ١٩٤٠تحمل اسم قانون الأحوال الشـخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس بالقاهرة ٠

٤ - **الروم الأرثوذكس** : دونت مجموعات هذه الطائفة فـى القـرن الثانى عشر باللغة العربية ، وصدرت لها لائحـة الـزواج والطـلاق والبائنة عام ١٩٣٧ ثم عدلت فى عام ١٩٥٠ ، وهى مـايجرى عليـه العمل ٠

(ب) المذهب الكاثوليكى :

صدرت الإرادة الرسولية لقداسة البابا بروما عـــام ١٩٤٩ لوضـــع قواعد موحدة فى الأحوال الشخصية للكاثوليك الشرقيين ٠ وقد جـــاءت هذه القواعد على نمط تلك الموضوعة للكاثوليك الغربيين عـــام ١٩١٧ الإ أنها تأثرت بالمصادر والتقاليد الشرقية للفقه المسيحى ٠

وأصدر البابـــا قـــانون الكنـــائس الشـــرقية:الكاثوليكيـــة فـــي ١٨/١٠/١٩٩٠ ليحل محل الإرادة الرسولية السابقة، ويُعمل به اعتبـــارا من ١٠/١٠/١٩٩٠.

(ج) المذهب البروتستانتى :

ولايشمل سوى طائفة واحدة " الإنجيليون " لأنهم لايرون مصـــــدراً للشريعة المسيحية سوى الكتاب المقدس ٠ وقد أقرت الحكومة لهم تقنيناً عام ١٩٠٢ لتنظيم الأحوال الشخصية ، يعتبر المرجع الأساسى لهم ٠

الفرع الثالث
مصادر الشريعة اليهودية

١ - التـــوراة :

وتعتبر الكتاب المقدس الذى يجمع عليه كل اليهود ، ويضم خمســـة أسفار : التكوين والخروج والأحبار أو اللاوين والعدد والتثنية ، وتسمى بأسفار موسى ٠ وتتميز التوراة عن الإنجيل بإهتمامها بـــإيراد أحكـــام خاصة بالمعاملات والأحوال الشخصية الى جانب المسائل الدينية ٠

٢ - التلمود :

وهو مايعتبره الربانيون توراة ثانية نزلت على موسى وتنقسم إلـــى قسمين : المشنا أى التوراة الثانية وتقع فى ستة أجزاء ، والجمـــرا أى

التكملة وتتضمن ما قام به رجال الديـــن " الأموراثيـم " أى الأحبـار المفسرون من شروح وتعليقات وترجيح الأراء ، لذا أُقفل باب الإجتـهاد عند اليهود الربانيين حتى اليوم •

والقراؤن وأن كانوا لايعترفون الإ بـــالتوراة إلا أنـــهم يســتعينون بالتلمود كمجرد آراء تفسيرية للنصوص أى ككتـــاب فقـــهى ، فبـاب الإجتهاد مفتوح عندهم •

٣ ـ العرف والإجمـــاع :

يعتبـــر العرف مصدراً ثالثاً للتشريع عند اليهود الربانيين فيما لــــم يرد فيه نص أو حكم فى إحدى التوراتين ، الإ أن العرف يلعـــب دوراً أكبر إلى جانب الإجماع عند اليهود القرائين لأن باب الإجتـــهاد لازال مفتوحاً أمامهم •

٤ ـ المؤلفات الفقهيــة :

لعبت المؤلفات الفقهية المستمدة من المصادر السابقة دوراً هاماً فـى صياغة الأحكام التى يرجع إليها فى مسائل المعاملات ، وبصفة خاصـة مسائل الأحوال الشخصية •

ومن هذه المؤلفات عند الربانيين كتاب (اليد القوية) لموسى بـــن ميمون ، وكتاب (الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للإسرائيليين) لمسعود حاى بن شمعون عام ١٩١٢ بالقاهرة وهو المرجع أمام القضاء لأنه سهل ومصاغ فى صورة مواد •

أما عن القرائين فيتمثل مرجعهم فى كتاب (شعائر الخضـــر فـــى الأحكام الشرعية) للياهو بشياحى[١] •

---

(١) متى كان الحكم قد استخلص القواعد التى تقوم عليها الحقوق المالية لكل من الزوجيـن الاسرائليين قبل الآخر مستنداً فى ذلك إلى فتوى بيت الدين ومصادرهـــا مـــن الشـــريعة

المبحث الثالث

شروط تطبيق الشرائع غير الإسلامية

سبق وعرضنا لطوائف غير المسلمين من المصريين ويبلغ عددها أربع عشرة طائفة كان لكل منها قضاء ملى للفصل فى مسائل الأحوال الشخصية ، ورغم إلغاء تلك الجهات القضائية ، إلا أنه يتعين على المحاكم الحالية تطبيق شرائع تلك الطوائف إذا ما توافرت شروط معينة. أما إذا تخلفت تلك الشروط أو أحدهما طبقت الشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية .

ويمكن استعراض هذه الشروط على النحو التالى :

١ - أن يكون النزاع من مسائل الأحوال الشخصية غير الموحدة ، إذ لا ولاية للشرائع الطائفية فى غير مسائل الأحوال الشخصية . بل أن هذه الشرائع لاتطبق إلا على بعض هذه المسائل فقط وهى — كما سبق — تنحصر فى مسائل الأسرة وبصفة خاصة الزواج ، أما بقية المسائل فقد تم توحيدها بتشريعات عامة تطبق على كل المصريين مسلمين وغير مسلمين .

٢ - أن يتحد الخصوم فى الملة والطائفة .

٣ - أن تكون للخصوم جهات ملية منظمة وقت صدور هذا القانون .

٤ - ألا يتعارض حكم الشريعة الطائفية مع النظام العام .

وقد سبق لنا أن عرضنا لمضمون الشرط الأول فى الفصل الأول بمناسبة المقصود بالأحوال الشخصية ونطاق التعدد والتوحيد فيها ، وعرضنا لمضمون الشرط الثالث بمناسبة تحديد الطوائف المعترف بها

الموسية — والتى لم يعترض عليها بإعتراضٍ ما — ثم انتهى من ذلك إلى تطبيق تلك القواعد على واقعة الدعوى تطبيقاً صحيحاً يتفق وحكم القانون فإنه لبس فى ذلك مايعاب عليه. طعن رقم ٣ سنة ٢٦ ق أحوال جلسة ١٩٥٨/٦/٢٧ س ٨ ص ٦٥٣ .

فى الفصل الثانى من هذا الباب • وسوف نعرض للشرط الرابع فى المبحث الخامس من هذا الفصل بمناسبة الحديث عن موانع تطبيق الشرائع الطائفية •

نخصص هذا الفصل إذن لدراسة الشرط الثانى ألا وهو إتحاد الملة والطائفة ، ويثير بحث ذلك الشرط عدة موضوعات حول تحديد مضمونه ، وتغيير الديانة أو الطائفة أو الملة ، والتعويض عن هذا التغيير ، وإثبات كل ذلك •

المطلب الأول
المقصود بالإتحاد فى الملة والطائفة

لاتطبق الشريعة الطائفية إلا إذا كان هناك إتحاد كامل بين الخصوم فى الملة والطائفة ، أى ضرورة انتمائهم إلى نفس الملة أى المذهب ونفس الطائفة ، وهذا يفترض بداهة اتحاد الخصوم فى الديانة •

فلا يكفى مثلاً أن يكون الخصوم أرثوذكس ، بل يلزم أن يتبعان طائفة واحدة كالأقباط أو الروم،فإذا كان أحدهما قبطياً والآخر سريانياً ، فإن الشريعة الإسلامية تكون واجبة التطبيق على النزاع المعروض[1].

والمقصود بالديانة هى الرسالة التى يوحى بها من السماء إلى الأرض وذلك عن طريق نبى أو رسول ، أما الملة فهى المذهب أى طريقة أو أسلوب معين لفهم مضمون الديانة وأحكامها ، أما الطائفة

---

(١) وقد رفضت محكمة النقض الإعتداد بالقرارات الصادرة من أن الكنيستين شقيقتان متحدتان فى الإيمان والعقيدة ، وقررت أن طائفة السريان الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس وأن لكل منهما مجلسها الملى قبل إلغاء المحاكم الملية ، ومن ثم فإن إنضمام الزوج إلى طائفة السريان وإنسلاخه من طائفة الأقباط التى بقيت عليها زوجته يعتبر تغييراً للملة والطائفة يوجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، ولايعتد بالقول بأنهما يتبعان مذهباً واحداً هو المذهب المسيحى الأرثوذكسى : نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ س ٢٩ ص ١٦٠٤ •

فتتفرع عن المذهب ، وهى جماعة من الناس يجمع بينهم رباط مشترك من وحدة الجنس أو اللغة أو العادات والتقاليد الخاصة ، أى أن الطائفة فى الأصل وحدة إجتماعية ذات طابع دينى تستقل برئيسها الدينى ونظامها الداخلى فى أداء الشعائر ٠

يشترط المشرع الإتحاد فى الملة والطائفة كشرط لتطبيق شريعة غير المسلمين ، والحكمة من هذا الشرط تتمثل فى ضمان وجود قواعد موحدة تطبق على أطراف النزاع ، وإلا طبقت الشريعة الإسلامية ٠

ويؤدى مثل هذا الشرط ـ من الناحية العملية ـ فى كثير من الأحيان إلى إستبعاد تطبيق الشريعة الطائفية نظرا لصعوبة الإتحاد الكامل فى الملة والطائفة بين المتقاضين ٠

اكتفاء البعض بالإتحاد فى الملة :

نادى البعض بأنه يكفى لتطبيق الشريعة الطائفية الإتحاد بين الأطراف فى الديانة والملة ، ولايؤثر الإختلاف فى الطائفة ، فيكفى مثلا أن يكون الزوجان من الأرثونكس حتى تطبق شريعتهم ولا تطبق الشريعة الإسلامية لمجرد اختلافهما فى الطائفة كأن يكون الزوج من الأقباط والزوجة من السريان ٠

ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أنه ينبغى عدم التقيد بحرفية النص لأنه لايعبر عن حقيقة قصد المشرع فمجرد الإختلاف فى الطائفة لاينبغى أن يرتب هذا الأثر القانونى الخطير المتمثل فى استبعاد الشريعة الطائفية وتطبيق الشريعة الإسلامية ، فذلك " يجافى الأساس الذى بنيت عليه ولاية القانون الدينى ، ولايتفق مع مقاصد المشرع وينتهى إلى نتائج غير عادلة" ٠

فتعدد الطوائف لايعنى بالضرورة تعدد الشرائع ، إذ أن انقسام

المذهب من الناحية النظرية إلى طوائفِ ليس معناه دائمـــا أن الأحكـــام الموضوعية مختلفة ، فالقواعد التى تنظم مسائل الأحوال الشخصية تكاد تتطابق بين أفراد الملة الواحدة ٠

وهذا الرأى رغم وجاهته ، حيث أنه يصعب القول بتطبيق الشـريعة الإسلامية على زوجين من الأرثونكس لمجرد أن أحدهما رومى والآخر قبطى ، الإ أنه يخالف صريح النص ، والفقه والقضـــــاء لا يســعه إلا الأخذ بوجهة النظر التشريعية ٠

ولعل ما يبرر هذا النص هو محاولة المشرع الحد من تعداد الشرائع المطبقة،وهذا كما سبق أن بينا يعد مظهرا من مظاهر التخلف التشريعى وانتقاص السيادة ، إذ أن وحدة التشريع المطبق أمر يسود فى كل الدول حتى فى مسائل الأحوال الشخصية ، فالقانون الفرنسى المتأثر بالقـــانون الكنسى يطبق على الجميع حتى ولو كانوا مسلمين ، وفى إيطاليا حيـــث تسود الكاثوليكية يحرم الطلاق حتى بين الأرثوذكس ، وهذا مايدعونـــا إلى تحبيذ الإسراع بوضع قانون موحد على كافة المصرييــــن ، فـــهذا الحل تفرضه أصول التنظيم القانونى فى الدول الحديثة ٠

وقد إستقر القضاء على هذا الفهم ، حيث اشـــتراط إتحـــاد الملـــة والطائفة كشرط لتطبيق شريعة غير المسلمين ، وتجرى المحاكم علـــى إستعمال هذه الصياغة " حيث أنـــه ثبـــت أن الطرفيـــن مـــن الأقبـــاط الأرثوذكس ٠٠ أو الأرمن الأرثوذكس ٠٠ فإنه يتعين الفصـــل بينـــهما طبقا لشريعتهما " وتؤكد محكمة النقض أن إختلاف الطائفة يكفى لتطبيق الشريعة الإسلامية[1] ٠

---

(١)أن ضابط الإسناد فى تحديد القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحـــوال الشـــخصية للمصريين هو الديانة ، بحيث تطبق الشريعة الإسلامية على كل المسلمين وغير المسلمين المختلفين فى الملة أو الطائفة ، وتطبق الشريعة الطائفية على غير المســـلمين المتحـــدى الملة والطائفة٠ طعن رقم ٢٩ لسنة ٤٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٩/٣/٢٨ ٠=

والجدير بالذكر أنه ينبغي لمعرفة الإتحاد فى الملة والطائفة النظر إلى أطراف النزاع المطلوب إصدار حكم من القضاء فى شأنه أى العلاقة التى نشأت عنها أو بسببها المنازعة وأطراف هذه العلاقة بالذات، وليس بالخصومة التى يمكن أن تتردد بين أشخاص مختلفى الملة والطائفة • فبمناسبة دعوى رفعتها الزوجة بطلب فسخ عقد زواج زوجها على زوجة أخرى تتحد معه فى الطائفة والملة طبقت المحكمة الشريعة الخاصة بالزوجين فى العقد محل الدعوى ولم تعتد بإختلاف طائفة المدعى عن المدعى عليه •

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : أن المشرع جعل المناط فى إتحاد الملة أو إختلافها وما يستتبعه من تطبيق الشريعة الإسلامية بإعتبارها الشريعة العامة أو إحدى الشرائع الخاصة هو بالمنازعة المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المطلوب إصدار حكم من القضاء فى شأنها ووضع لذلك معيارا موضوعيا بحتا اتخذ فيه

= متى كان النزاع فى الدعوى يدور حول صحة زواج تم بين زوج مصرى وزوجة يونانية ينتمى كلاهما إلى طائفة الروم الأرثوذكس ، فإن شريعة هذه الطائفة هى الواجبة التطبيق على هذا النزاع • نقض ١٩٧٢/١١/١٥ س ٢٣ ص ١٢٤٢ •

إن ضابط الإسناد فى تحديد القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين هو الديانة بحيث تطبق الشريعة الإسلامية على كل المسلمين وغير المسلمين المختلفى الملة أو الطائفة ، وتطبق الشريعة الطائفية على غير المسلمين المتحدى الملة والطائفة ، والشرائع الخاصة أو الطائفية هى القواعد الدينية التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين الذين يدينون بدين سماوى ، وهى تطبق فى مصر استنادا إلى نظم قانونية تقوم على أساسها والأصل أن هذه القواعد القانونية الوضعية بالإضافة إلى المصادر الدينية هى التى تحكم علاقات المصريين غير المسلمين وتبين ما إذا كان الإنتماء إلى جماعة معينة يعتبر من قبيل تغيير العقيدة الدينية التى تسوغ تطبيق الشريعة الإسلامية أم أنه لايفيده وأن تغييرا لم يحصل • نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ س ٢٩ ص ١١٣٨ •

المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية ــ ومنها المنازعات المتعلقة بالمصريين غير المسلمين المختلفة الطائفة والملة ــ تصدر فيها الأحكام طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ولما هو مدون فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة • نقض ١٩٦٦/٤/٢٠ س ١٧ ص ٨٨٩ •

من العلاقة التى نشأت عنها أو بسببها المنازعة ، ومن أطراف هذه العلاقة بالذات ، الأساس الذى يحدد الشريعة الواجبة التطبيق تبعاً لإتحادهما أو اختلافهما طائفة أو ملة بإعتبار هذه العلاقة هى محل التداعى وموضوعه ، وبذلك فرق الشارع بين المنازعة التى يعنيها النص بالمعنى السالف بيانه وبين الخصومة التى يجوز أن تتردد بين أشخاص يختلفون فى الملة والطائفة عن أطراف العلاقة المتنازع بشأنها دون أن يكون ذلك مسوغاً لتطبيق الشريعة العامة متى كان أطراف العلاقة موضوع المنازعة متحدى الملة والطائفة[١] .

المطلب الثانى
وقت الإتحاد فى الملة والطائفة
(تغير العقيدة)

القاعدة أن المشرع المصرى أخذ من سير الدعوى وإنعقاد الخصومة فيها ــ وهو وصف ظاهر منضبط ــ لا من مجرد قيام النزاع مناطاً يتحدد به الإختصاص والقانون الواجب التطبيق على أطرافها .

أى أن العبرة فى إتحاد الطائفة والملة يكون بوقت رفع الدعوى ، فإتحاد الزوجين فى الطائفة والملة وقت الزواج لايكفى إذا غير الزوج

---

(١) إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول عقد قرانه على المطعون عليها الثانية .. وثابت فى وثيقة الزواج أنهما ينتميان إلى طائفة الإنجيليين الوطنيين وكان الواقع فى الدعوى المعروضة أن المنازعة المقامة من الطاعنة ــ زوجة أخرى ــ إنما انصبت على هذه الوثيقة بالذات . ودارت حول مدى سلامة الزواج المعقود بين طرفين متحدى الملة والطائفة فإن القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة هو الشريعة الخاصة ودون ما اعتداد بأن الطاعنة هى التى أقامت الدعوى ، وأنها تختلف فى الطائفةعن طرفى نزاع عقد الزواج ، لأن علاقة الطاعنة بالمطعون عليه الأول خارجة عن العلاقة موضوع النزاع فى الخصومة الماثلة . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وذهب الى وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. طعن رقم ١٦ سنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧. الطعن ٢٨٠ س ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦.

طائفته بعد ذلك (كأن ينتمى إلى السريان بدلاً من الأقبـــاط مثـلاً) ، ويرتب الإختلاف فى الطائفة بين الزوجين عند رفع الدعوى اســـتبعاد الشريعة الطائفية وتطبيق الشريعة الإسلامية ٠

ونظراً لاستمرار علاقات الأحوال الشخصية (الرابطة الزوجيـــة) فإن التساؤل يثور حول تحديد الوقت الذى يعتد فيـــه باتحـــاد الطائفـــة والملة، إذ قد يغير أحد الزوجين ديانته أو ملته أو طائفته ، مما يؤثـــر ذلك على القانون الواجب التطبيق ، فالتغيير الذى يؤدى إلى اختــــلاف الديانة أو الطائفة يؤدى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ، والتغيير الـــذى يؤدى إلى الإتحاد يستبعد تطبيقها ٠

ويزداد الأمر صعوبة إذا ما إعتبرنا أن تغيير العقيدة أمـــر يتصـــل بحرية الإنسان الدينية وقد يكون عن إقتناع ، ولكنه قد يتم لمجرد الكيـــد والتحايل ، مما قد يضر بحقوق الطرف الآخر ٠ وتغيير الديانة قد يكون قبل رفع الدعوى أو أثنائها ٠

وقد أثارت هذه المشكلة ــ نظراً لأهميتها ــ جدلاً كبيراً فى الفقـــه والقضاء ، مما دفع المشرع للتدخل وحسمها بحل تشريعى ٠

الفرع الأول
موقف الفقه والقضاء من تغيير العقيدة

تنازع الفقه والقضاء ثلاثة إتجاهات لحسم تلك المشكلة :

الإتجاه الأول : عدم الاعتداد بالتغيير :

جوهر هذا الإتجاه أن عقد الزواج يبرم فى ظل قانون معين ويجـــب أن يظل خاضعاً لهذا القانون حتى لايضار الطرف الآخر مـــن خـــلال المساس بالحقوق التى اكتسبها من عقد الزواج وارتضاها عند ابرامه ٠

فعقد الزواج يتم بناء على توافق إرادتين فى ظل قانون معين يرتب لكل من طرفيه حقوقا معينة ، ومن ثم لايجوز لأى من الطرفين أن يعدل بإرادته المنفردة فى هذا العقد ، والإضرار بالحقوق المكتسبة للطرف الآخر عن طريق تغيير الديانة • وعلى هذا ينبغى أن يظل العقد خاضعا للشريعة التى أبرم فى ظلها وارتضى الطرفان أحكامها •

فالعقد الذى تم تحت سلطان قانون معين يبقى خاضعا لهذا السلطان فى كل ماترتب عليه ولو أصبح أحد المتعاقدين فيما بعد غير خاضع لأحكامه ، ولايستطيع أحد المتعاقدين أن يعدل فى عقد الزواج بإرادته المنفردة بتغيير دينه ليكره الطرف الآخر على قبول قانون أو شريعة لم يقبل أحكامها من قبل وقت التعاقد •

ويعيب هذا الرأى أنه ينظر إلى الزواج كعقد بالمعنى التقليدى • فالزواج ليس عقدا تقليديا بل هو أقرب إلى النظام القانونى يتولى القانون تحديد مضمونه وتنظيمة بطريقة آمرة يتضاءل أمامها دور الإرادة إلى حد كبير •

فعقد الزواج يتعلق بالنظام العام ومن ثم " لايصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبة[1] •• وليس للزوجة قانونا التحدى بحق مكتسب فى أن تطلب التطليق وفقا لأحكام القانون الذى أبرم عقد الزواج تحت سلطانه ، لأن عقد الزواج ــ على الرأى السائد فى فقه القانون ــ لايكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق ، حقا مستقرا لايتأثر بما قد

(١) لايكسب عقد الزواج أيا من الزوجين ــ فيما يختص بالطلاق أو التطليق ــ حقا مستقرا ومن ثم فلا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا فى إستبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته • نقض ١٩٦٣/١/٣٠ س ١٤ ص ١٨٩ •

يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص ٠

أضف إلى ذلك أن هذا الإتجاه ينطوى على مساس بحرية العقيدة التى كفلها الدستور لسائر الأديان والمذاهب ، فإلزام الشخص بالإرتباط بشريعة معينة طوال حياته ولو غيرها وحرمانه من أحكام الشريعة الجديدة التى دخلها يعد مصادرة لحريته الدينية ٠

الإتجاه الثانى : الاعتداد المطلق بالتغيير :

ويرى هذا الإتجاه أن حرية العقيدة أمر مكفول ، وتتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يعتد بتغيير الديانة أو المذهب وترتيب الآثار القانونية على هذا التغيير دون بحث فى جدية التغيير أو زمانه أو بواعثه ٠

فحرية الإعتقاد مكفولة ، ولكل شخص أن يغير مذهبه أو طائفته ، ويكون خاضعا لحكم مذهبه الجديد فقط متى توافرت الإجراءات الخارجية لإلتحاقه بهذه المذهب ، وليس للقضاء أن يبحث عن صحة اعتقاده الجديد أو الباعث له على اعتناق هذا المذهب ٠ ولايصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه ٠

والقول بغير ذلك فيه " إهدار غير جائز لحقوق موضوعية ومخالفة للنظام العام ٠٠ فإذا تبين أن طرفى النزاع وقت رفع الدعوى مختلفان فى الملة ، فلا محل للبحث وراء الدافع للزوج عن سلوكه هذا لأن ذلك يتعلق بشعوره النفسانى الذى فرغ من إظهاره رسميا بإعتناقه مذهبا جديدا ، وليس لأحد سلطان عليه ، لأن الاعتقاد الدينى مسألة نفسية محضة ، ولايمكن لأى هيئة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر

الرسمية الخارجية ، لأن لكل إنسان مطلق الحرية فى اعتناق المذهب الذى يراه صالحا له " .

الإتجاه الثالث : الاعتداد المشروط بالتغيير :

هذا الإتجاه الوسط يعد محاولة للتوفيق بين الإتجاهين السابقين ، فهو يعتد بالتغيير كقاعدة عامة ويرتب عليه آثاره ، الا إذا كان هذا التغيير بسوء نية فلا يعتد به حيث يعتبر تصرفا منطويا على غش وتحايل نحو القانون .

فالغش يفسد كل تصرف ، وتغيير العقيدة بنية التهرب من أحكام الشريعة المطبقة والإضرار بحقوق الطرف الآخر يعتبر من قبيل الغش وينبغى عدم الإعتداد به . خاصة وأن التغيير أمر سهل يتم بالإرادة المنفردة ، ويتخذ من قبل الأزواج كوسيلة للتلاعب بالأديان والإضرار بأزواجهم الآخرين والتحلل من واجباتهم . فكثيرا ما يرتبط زوجان وفقا لشريعة دينية معينة ، ثم يدب الخلاف بينهما فيسارع الزوج بتغيير طائفته أو ديانته حتى يتوصل إلى إستعمال الحق فى الطلاق المخول له بمقتضى الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق على النزاع بسبب الإختلاف فى الطائفة أو الديانة .

أما إن كان التغيير بنية صادقة ، وعن رغبة أكيدة فى الدخول فى العقيدة الجديدة ، فإنه يعتد به ويرتب آثاره كاملة . ولهذا يجب التثبت من حقيقة عقيدة الزوج ، فمتى ثبت أن التغيير من حيث المظهر فقط ولم يكن بدافع الإيمان ، بل الدافع إليه مجرد التخلص من الزوجة أو الهروب من النفقة فلا يعتد به .

والبحث فى النوايا والدوافع وإن كان أمر ينطوى على قدر من الصعوبة ، إلا أنه ليس مستحيلا وليس غريبا على القضاء ، فالمحكمة

يمكن أن تستظهر نية الغش من ظروف الحال والملابسات التى تم فيها تغيير الديانة ، ومن أمثلة القرائن على سوء النية حصول التغيير أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور حكم بالنفقة •

ولكن محكمة النقض رفضت صراحة هذا الإتجاه وقررت عدم البحث عن البواعث والإكتفاء بالمظاهر الخارجية الرسمية فقط لإعتناق الدين أو المذهب ، وترتيب النتائج على هذا التغيير ،فمن العبث تحليل الدافع وراء اعتناق الدين الجديد ، كما أنه يكون فى أغلب الأحيان من التورط فى اثم سوء الظن والجرى وراء شبهات خادعة للطعن فى عقيدة الشخص والإنتقاص من ايمانه •

أى أن محكمة النقض قد تبنت الإتجاه الثانى صراحة ورأت الاعتداد بالتغيير دون ماقيود[١] ، وهى بهذا تغلب مبدأ حرية العقيدة وترتب عليه النتائج الكاملة ولو كان فى ذلك إهدار لمبدأ عدم الإعتداد بالغش نحو القانون •

الفرع الثانى
موقف المشرع من تغيير العقيدة

تدخل المشرع لعلاج مشكلة تغيير أحد الزوجين لطائفته الدينية أو لملته أو ديانته، ونص على أنه " لايؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة (التى تشترط اتحاد الملة والطائفة لتطبيق الشريعة الطائفية) تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى اثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير الى الاسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة (والتى تقضى بتطبيق الشريعة

(١) المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن الإعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام عليها على الأقوال بظاهرة اللسان ، والتى لايجوز لقاضى الدعوى أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها أو دواعيها • نقض ١٩٧٤/١٢/١١ س ٢٥ ص ١٤١٧ •

الإسلامية) [1] ٠

صدر القانون ١/٢٠٠٠ وألغى القانون ١٩٥٥/٤٦٢، ولم يتضمن القانون الجديد نصا جديدا لنص المادة السابعة من القانون الملغى التى كانت تنظم المسألة، مما يفتح الباب للاجتهاد من جديد وتعود للاتجاهات السابقة أهميتها، ورغم أننا نؤيد الاتجاه القائل بوجوب الاعتداد المطلق بالتغيير فى الديانة أو الملة أو الطائفة، قبل رفع الدعوى أو بعدها، سواء كان التغيير إلى الإسلام أو غير الإسلام، إلا أن البدايات الأولى للقضاء تسير فى نفس الاتجاه التشريعى السابق.

فالنص السابق يفرق بين فرضين : التغيير إلى الإسلام والتغيير إلى غير الإسلام ٠

الغصن الأول

التغيير إلى غير الإسلام

أخذ المشرع بمعيار اجرائى لمعرفة وقت الإتحاد فى الملة والطائفة، واستخدم هذا المعيار فى معرفة أثر التغيير فى الطائفة والملة ٠ فالنص يعتد بوقت رفع الدعوى كضابط فى هذا الصدد[2] ٠

فإذا كان الزوجان مختلفين فى الطائفة أو الملة وقت رفع الدعوى طبقت الشريعة الإسلامية ولايؤثر اتحادهما فى الطائفة والملة عند انعقاد الزواج ٠

---

(١) المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ٠

(٢) أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا ما اختلفا طائفة أو ملة ، وأن الشارع اتخذ من سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها ــ وهو وصف ظاهر منضبط ــ مناطا يتحدد به القانون الواجب التطبيق على اطرافها ٠ نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٥٨ ٠

أى أن المشرع يعتد بالتغيير إلى غير الإسلام **قبل رفع الدعـــوى** ، فهذا التغيير ينتج أثره من حيث الشريعة الواجبة التطبيق ، ويستوى فـى ذلك أن يتعلق التغيير بالديانة أو الملة أو الطائفة .

فإذا كان الزوجان متحدى الديانة والملة والطائفة ثم غـير أحدهمـا ديانته أو ملته أو طائفته قبل رفع الدعوى ، فإن هذا التغيير يعتـد بـه ويرتب أثره،أى تستبعد الشريعة الطائفية وتطبق الشريعة الإسـلامية[1]. وعلى العكس من ذلك إذا كان هناك اختلاف بين الزوجين ، ثـم غـير أحدهما ديانته قبل رفع الدعوى على نحو يؤدى إلى وحدة الطرفين فـى الديانة والملة والطائفة طبقت الشريعة الخاصة بهما .

أما إذا كان التغيير إلى غير الإسلام **بعد رفع الدعوى** فلا يعتد بـه ولايرتب أثره من حيث القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم الذى رفعت الدعوى من أجله ، إلا أن هذا التغيير ينتج أثره فى المستقبل فـى حالة حدوث نزاع آخر بدعوى مستجدة بين الزوجين .

---

(١) أراد المشرع أن يتخذ من سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها ــ وهو وصف ظـاهر منضبط ــ لامن مجرد قيام النزاع،مناطا يتحدد به الإختصاص والقانون الواجب التطبيق= = على أطرافها ، وإذا كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن انضم إلـى طائفـة السـريان الأرثوذكس من قبل رفع الدعوى وبذلك أصبح طرفاها مختلفى الطائفة والملة ، وتطبـق فى شأن واقعة الطلاق المتنازع عليها بينهما أحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يعول الحكـم المطعون فيه على هذا التغيير الحاصل قبل رفع الدعوى فإنه يكون قـد خـالف القـانون وأخطأ فى تطبيقه . نقض ١٩٦٦/٤/٢٠ س ١٧ ص ٨٨٩ .

إذا كان الثابت من الأوراق أن المراسيم الدينية لزواج المطعون عليه بالطاعنة تمـت طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس فى ١٩٦٢/٦/١٧ ثم انضم المطعون عليه إلـى طائفـة الروم الأرثوذكس فى ١٩٧١/١٢/١٧ وأصبح مختلفا والطاعنة طائفة قبل رفع الدعـوى ، فإن ذلك يجيز له تطليقها وفق أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للفقرة الثانية مـن المـادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ولايؤثر على ذلك ما أثبت بوثيقة التصادق علـى الزواج المؤرخة ١٩٧٢/٨/١٤ والمشار فيها إلى ماسبق اتمامه فى ١٩٦٢/٦/١٧ من أنـه قبطى أرثوذكسى . نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦١٢ .

اقرار الزوج غير المسلم بوقوع الطلاق فى تاريخ معين ومعاملته بإقراره لايتـأتى إلا بعد ثبوت اختلاف الزوجين طائفة أو ملة قبل رفع الدعوى. نقـض ١٩٦٤/١/١٥ س١٥ ص ٨٣ .

فإذا كان هناك إتحاد بين الزوجين حتى رفع الدعوى ثم غير أحدهما ديانته أو طائفته أو ملته بعد رفعها فإن الشريعة الطائفية تظل هى الواجبة التطبيق[1] ،وعلى العكس من ذلك إذا كان هناك اختلاف بين الزوجين ثم غير أحدهما ديانته بعد رفع الدعوى على نحو يؤدى إلى إتحادهما فى الطائفة والملة ، فإن الشريعة الإسلامية تظل واجبة التطبيق[2] .

فالمشرع أراد أن يأخذ من سير الدعوى وإنعقاد الخصومة فيها ــ وهو وصف ظاهر منضبط ــ لا من مجرد قيام النزاع ، مناطاً يتحدد به الإختصاص والقانون الواجب التطبيق على أطرافها[3] .

---

(١) فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين " والمتحدى الطائفة والملة " والذين لهم جهات ملية منظمة تصدر الأحكام وفقاً لشريعتهم فى نطاق النظام العام ولا يؤثر فى وضع الخصومة والخصوم والقانون الواجب التطبيق عليها وعليهم تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحدهم من وحدة طائفية إلى أخرى " أثناء سير الدعوى " مالم يكن هذا التغيير إلى الإسلام • نقض ١٩٦٦/٤/٢٠ س ١٧ ص ٨٨٩ •

طبقاً لما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أنه فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة تصدر الأحكام طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة بإعتبارها القانون العام فى مسائل الأحوال الشخصية،= = ولايؤثر فى وضع الخصومة أو الخصوم والقانون الواجب التطبيق عليهم تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحدهم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ما لم يكن هذا التغيير إلى الإسلام • نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦٠٦ •

(٢) إذا كان الثابت أن المطعون عليه انضم إلى طائفة الإنجيليين قبل رفع الدعوى وبذلك أصبح وزوجته الطاعنة مختلفى الطائفة فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التى تجيز ايقاع الطلاق بالإرادة المنفردة ، دون اعتداد بتغير الطاعنة لطائفتها والإنضمام لطائفة المطعون عليه أثناء سير الدعوى ، لايغير من ذلك ، أن المطعون عليه لم يوقع الطلاق إلا فى تاريخ لاحق لتغيير الطاعنة طائفتها وانضمامها لطائفة المطعون عليه الجديدة ، أو انه لم يطلب عند رفعه الدعوى اثبات طلاقه اياها ، لأن الدعوى قائمة منذ البداية على اختلاف الطرفين طائفة وأن من حقه ايقاع الطلاق • نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ص ١٦٠٦ •

(٣) أن الشارع أتخذ من " سير الدعوى " و " إنعقاد الخصومة فيها " وهو وصف ظاهر منضبط مناطا يتحدد به الإختصاص والقانون الواجب التطبيق على أطرافها ، ولما كان سير الدعوى فى هذا المجال ينصرف إلى الوقت الذى تعتبر فيه الدعوى مرفوعة إلى القضاء طبقا لما يقضى به قانون المرافعات حتى صدور حكم نهائى فيها ، فيعتد بالتغيير

إذا وقع نزاع بين الزوجين ، وبادر أحدهما إلـــى تغيــير ملتــه أو طائفته قبل رفع الدعوى وبعد وقوع النزاع ، فإن هذا التغيير يعتد بــه ، سواء أدى إلى إختلاف الملة أو الطائفة مما يستوجب تطبيق الشـــريعة الإسلامية ، أو أدى إلى اتحاد الملة والطائفة مما يستوجب تطبيق شريعة كل من الزوجين ·

وطبقاً لقانون المرافعات تعتبر الدعوى مرفوعة منذ لحظة إعلان قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور للخصم ، فبإعلان صحيفة الدعوى بنـاء على طلب المدعى الى المدعى عليه تعتبر الدعوى مرفوعة والخصومة قائمة ·

التغيير بين دعويين ، الدعاوى المرتبطة :

تبدو فكرة الدعاوى المرتبطة من خلال المثال الآتى : ترفع زوجـة ــ متحدة فى الملـــة والطائفـــة مع زوجهـــا ــ دعـــوى نفقـــة علـــى زوجها ويحكم لها ، ويقوم الزوج بعد ذلك بتغيير طائفته ثم يرفع دعوى تطليق ــ مستفيداً من تطبيق الشريعة الإسلامية ــ ليتخلص من النفقـــة مثلاً ·

فـــإذا إعتبرنـــا أن الدعوى الثانيـــة مرتبطـــة بـــالدعوى الأولـــى لتفرعهما عن نزاع واحد ، فإننا لن نعتد بالتغيير الحاصل بين الدعوييـن

ــ الملة أو الطائفة ــ إذا تم قبل رفع الدعوى ، ويراعى عند تحديد الاختصاص التشريعى بخلاف التغيير الطارئ أثناء سيرها " · نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦٠٦ ·

أن الشارع أراد أن يتخذ من سير الدعوى وإنعقاد الخصومة فيـــها ــ وهـــو وصـــف ظاهر منضبط ــ لا من مجرد قيام النزاع ، مناطاً يتحدد به الإختصاص والقانون الواجـب التطبيق على أطرافها ، وإذا كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن إنضم إلى طائفة السـريان الأرثوذكس من قبل رفع الدعوى وبذلك أصبح طرفاها مختلفى الطائفة والملة ، وتطبـــق فى شأن واقعة الطلاق المتنازع عليها بينهما أحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يعول الحكــم المطعون فيه على هذا التغيير الحاصل قبل رفع الدعوى فإنه يكون قـــد خـــالف القـــانون وأخطأ فى تطبيقه " نقض ١٩٧٦/٢/١١ س ٢٧ ص ٤٣٨ ·

لأنه تم بعد رفع دعويين مرتبطتين ، وتظل الشريعة الطائفية واجبة التطبيق •

أما إذا نظرنا إلى كل دعوى على حدة وفصلناها عن الأخرى فإنه يعتد بالتغيير وتطبق الشريعة الإسلامية على الدعوى الثانية لحدوث الإختلاف فى الطائفة بين الزوجين نتيجة التغيير الحادث قبل رفع الدعوى •

وبالرغم من أن فكرة الدعاوى المرتبطة تعتبر وسيلة للحد من التحايل على أحكام القانون ، الإ أن محكمة النقض رفضت صراحة الأخذ بهذه الفكرة وقررت أن كل دعوى مستقلة عن الأخرى فى السبب أو الخصوم ، وبالتالى فإن العبرة تكون بكل دعوى على حدة(١) •

---

(١) دعاوى الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ــ الإختصاص بها والقانون الواجب التطبيق على أطرافها ــ مناطه ــ سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها ــ اختلاف الزوجين غير المسلمين فى الطائفة عند رفع دعوى إثبات الطلاق ــ أثره ــ وجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التى تجيز الطلاق بالإرادة المنفردة ــ عدم الاعتداد بتغيير الطائفة فى نزاع سابق ، بشأن تقرير نفقة الزوجية •

مؤدى مانصت عليه المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن الشارع اراد أن يتخذ من " سير الدعوى " و " انعقاد الخصومة فيها " ــ هى وصف ظاهر منضبط ــ لا من مجرد قيام النزاع مناطا يتحدد به الإختصاص والقانون الواجب التطبيق على أطرافها • وإذ كان الثابت أن المطعون عليه غير طائفته وانضم الى طائفة الروم الأرثوذكس ومن قبل رفع الدعوى بينما كانت الطاعنة فى هذا التاريخ منتمية إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس ، فإن الطرفين عند رفع الدعوى الحالية يكونان مختلفى الطائفة مما يستتبع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التى تجيز الطلاق بالإرادة المنفردة ، دون ما إعتداد بقيام نزاع بينهما قبل رفع الدعوى بشأن تقرير نفقة للطاعنة ، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإثبات الطلاق ، فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أو شابه قصور فى التسبيب • نقض ١٩٧٦/٢/١١ س ٢٧ ص ٤٢٨ •

إذا كان الزوج قد أقام الدعوى رقم ١٢١٧ سنة ١٩٦٠ القاهرة الإبتدائية للأحوال الشخصية بطلب الطلاق وقضى فيها بالرفض ، ثم قام الزوج فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٣ بتغيير طائفته وإنضم إلى طائفة السريان الأرثوذكس ، ورفع دعوى إثبات إيقاع الطلاق طبقا للشريعة الإسلامية فى ٢ يونيه سنة ١٩٦٣ ، فإنه يتعين فى هذه الحالة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن الزوج قد غير طائفته " قبل رفع الدعوى الحالية " وفى الفترة بين دعويين والدعوى الأخيرة لاتعتبر إمتدادا للأولى وإنما هى دعوى مبتدأة ومستقلة

فالتغيير الذى يحدث أثناء سير الدعوى وإن لم يكن ينتج أثرا بالنسبة للدعوى المرفوعة ، إلا أنه يعتد به مستقبلا فى أى دعــــوى جديــدة • فالمشرع قد استبعد تماما البحث عن النوايا وحسن النية وأخذ بمعيـــــار واضح منضبط وهو وقت رفع الدعوى •

الغصن الثانى

التغيير إلى الإسلام

ينتج التغيير إلى الإسلام أثره من حيث تعديـــــل الشـــريعة واجبــة التطبيق فى أى لحظة حتى ولو كان التغيير بعد رفع الدعوى•([1])

إذا غير أحد الخصوم ديانته إلى الإسلام ، أى دخوله الإسلام ، فــإن هذا التغيير يعتد به دون قيد أو شرط ، وفى أى مرحلة تكـــون عليــها الدعوى ، سواء قبل رفع الدعوى أم بعد رفعها أى أثناء ســيرها أمــام القاضى • ومن البديهى أن مثل هذا التغيير يترتب عليه نتيجة واحـــدة هى تطبيق الشريعة الإسلامية •

ويثور التساؤل عن سبب التفرقة بين التغيير إلى الإسلام والتغيـــير إلى غير الإسلام •

يصعب القول بأن أساس التفرقة يكمن فى أن المسألة تتعلق بالنظــام العام ، لما لها من مساس بحرية العقيدة ، وأن تغيـــير الديـــن يـــترتب عليـــه أن يستمتع بجميع الحقوق التى يخولها له الدين الجديد • فــــهذا القول لايبرر التفرقة بين نوعى التغيير ، بل يصلح حجة فى حالة تغيير العقيدة إلى الإسلام وإلى غير الإسلام •

عنها وبذلك يكون قد حدث قبل رفعها لا أثناء السير فيها وهو ما كان يتعين معه تطبيـــق أحكام الشريعة الإسلامية وإثبات الطلاق " • نقض ١٩٦٨/٤/٢٠ ع ١٧ ص ٨٨٩ •

([1]) نقض ١٩٩٦/١٢/١٦ طعن رقم ٢٨٠ س ٦٢ق.

ويبرر البعض ذلك بأن الإسلام هو دين الدولة الرسمى ، ويجب ان يعتد بالإنتماء إليه فى أى وقت ، ومن شأن الإعتداد بالتغيير إلى الإسلام فى أى وقت إعمال الشريعة الإسلامية والتوسع فى نطـــاق تطبيقـــها ، بإعتبارها الشريعة العامة والغالبة فى البلاد وخاصة فى مسائل الأحوال الشخصية ٠

ويضيف البعض ـ بحق ـ أساسا آخر مقتضاه أن الإعتداد بالتغيير إلى الإسلام دائما وبالتالى تطبيق الشريعة الإسلامية أمر يتعلق بالنظـــام العام فى مسائل الأحوال الشخصية ، هذا النظام يستمد مفهومه الأساسى من الإسلام الذى تقضى أحكامه بأنه لايجوز خضوع المســلم لشــريعة غير إسلامية ٠ أى أن المسلم لايمكن أن يخضع الا لشريعة الإسلام ٠

فإذا ما رفضنا الإعتداد بالتغيير إلى الإسلام الذى يحدث بعد رفـــع الدعوى كان من شأن ذلك خضوع مسلم لشريعة غير إسلامية ، وهـــذا أمر يتعارض مع النظام العام القائم على الإسلام ٠

الغصن الثالث

التغيير إلى الإلحاد

يمكن تعريف الملحد بأنه كل مـــن لايؤمـــن بديـــن ســـماوى ، ويستوى فى ذلك من لادين له على الإطلاق أو من يدين بديـــــن غـــير سماوى مثل الدين المجوسى (عبادة النــــار) ، والهندوكيـــة (عبـــادة البقـــر) ٠

فالأديان السماوية المعترف بها فى النظام القانونى المصـــرى هـــى اليهودية والمسيحية والإسلام ، وتطبيقا لذلك قضى بأن " البهائية ليســت من الأديان المعترف بها ، وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية يؤدى إلـــى بطلان الزواج إذ الشريعة الإسلامية تشترط فى عقد الزواج أن يكـــون للزوجين ملة يقران عليها " ٠

والإلحاد نوعان : أصلى وطارئ :

فإذا كان أحد الأطراف أو كلاهما ملحداً منذ الأصل فإن الشـــريعة الإسلامية بوصفها الشريعة العامة تكون واجبة التطبيـــق لأن القـــانون المصرى لايعترف إلا بالأديان السماوية ولا يقر الإلحاد • حقاً أن حرية العقيدة أمر مكفول ولكن القانون لايرتب على الإلحاد أثراً قانونياً معيناً ، فهو ليس بديانة أو شريعة يمكن تطبيقها •

أما " الإلحاد الطارئ فهو حالة الشخص الذى يلحد بعـــد أن كـــان ينتمى الى دين سماوى" • وقد ثارت هذه الحالة أمام القضاء المصـــرى حيث رفعت سيدة دعوى تطالب فيها بالتطليق من زوجها إستناداً إلـــى أنها اعتنقت الديانة الفرعونية ، فأصبحت بذلك ملحدة بعد أن كانت هـــى وزوجها متحدين فى الديانة والملة والطائفة • وطالبت بالتفريق بينـــها وبين زوجها إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية لإختلاف الديانـــة إذ أن هذه الشريعة لاتسمح بإستمرار الزواج بين الكتابى والملحدة •

قررت محكمة القاهرة الابتدائية أنه " لايمكن القول بـــأن انحـــراف المدعية الى دين أو عقيدة أو ملة أو ديانة لها أصـــول ولـــها شـــرائع ولايمكن القول بأن ملتها قد اختلفت مع ملة زوجـــها الكـــاثوليكى وأن ديانتها أصبحت غير ديانته إلا إذا اتجهت إلى ديانة أخرى من الأديـــان السماوية واعتنقتها ، لأن المفاضلة بين الأديان واختيار أحدهمـــا مـــع الايمان بالله ليس كالإلحاد • ولكل انسان يعيش فى بلد يؤمن بالله ديانـــة من ديانات السماء فإن كفر بها ولم يعتقد فى وجود الله فذلك أمر بينـــه وبين نفسه ، إذ لاتدل على ذلك مظاهر خارجية من عبادة أو إشـــهار أو غيره ، ولايمكن للدولة أن تسمح بهذه المظاهر على ماسلف القول لأنها تمس الأفكار السياسية فيها وهى أفكار يقـــوم عليـــها نظـــام المجتمـــع الأعلى• وينبنى على أن الإلحاد ليس بديانة أن تبقـــى المدعيـــة علـــى

ديانتها حتى تختار ديانة أخرى • ومن ثم فإن المدعية وزوجها يصبحان متحدى الملة والطائفة وتطبيق أحكام الشريعة الخاصة وهى شريعة الروم الكاثوليك • ولاتطبق أحكام الشريعة الإسلامية " • أى أن المحكمة لم تجب الزوجة إلى طلبها •

ذهب بعض الفقهاء الى تأييد هذا القضاء استناداً إلى أن مبدأ حرية العقيدة الوارد فى الدستور هو حرية الاعتقاد فى الأديان السماوية ، ولايدخل فيها الإلحاد ، ومن ثم ينبغى عدم الإعتداد بالإلحاد أو بالتعبير المؤدى إليه •

ولكن غالبية الفقة تعارض ذلك القضاء استناداً الى أن حرية العقيدة لايقتصر على الأديان السماوية ، وقد أقرت الشريعة الإسلامية إمكان وجود من لايدينون بدين سماوى ، مما دعا فقهاءها الى تنظيم صلاتهم بالمسلمين فى العلاقات الزوجية • أضف الى ذلك أنه من غير المطلوب الإعتراف بالإلحاد وتطبيق شريعته ، بل يجب تطبيق الشريعة الإسلامية لأن الإلحاد أمر قائم ويترتب عليه اختلاف الديانة بين الزوجين •

الغصن الرابع

التغيير من الإسلام (الردة)

من المقرر شرعاً أنه **لايجوز** زواج المسلمة **بغير المسلم** ، يستوى فى ذلك أن يكون كتابياً أو غير كتابى ، وذلك إعمالاً لقوله تعالى ﴿**ولاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**﴾ و﴿ **يا ايها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهم فإن علمتوهن مؤمنات فلاترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن** ﴾

فإذا أسلم الزوج وكانت زوجته مسيحية أو يهودية ظل الزواج صحيحاً لأنه يجوز للرجل المسلم أن يتزوج من كتابية وتطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، أما إن كانت الزوجة غير كتابية كالمجوسية مثلاً عرض القاضى عليها الإسلام فإن أسلمت أو اعتنقت المسيحية أو اليهودية ظلت فى عصمته ، وإن أبت فرق القاضى بينهما ٠

أما أن أسلمت زوجة غير المسلم ، عرض القاضى على زوجها الإسلام فإن أسلم ظل الزواج قائماً وإن أبى فرق القاضى بينهما والفرقة هنا تعتبر طلاق بائن طبقاً للراجح فى المذهب الحنفى ٠

أما فى حالة الردة أى الخروج عن دين الإسلام ، فالقاعدة أنه لايصح نكاح المرتد أو المرتدة مطلقاً ، ويترتب على الردة الفرقة ، وتثبت فى الحال بغير قضاء القاضى ، ويستوى فى ذلك أن يكون الزوج الآخر مسلماً أو كتابياً ٠

وقد ثار التساؤل حول الفرض الذى يرتد فيه الشخص عن الإسلام ويعتنق نفس ديانة وملة الزوج الآخر ، ويتحقق بذلك شرط الإتحاد فى الطائفة والملة بين الزوجين ، هل تطبق الشريعة الطائفية التى ينتمى إليها الزوجان فى هذه الحالة ؟ أم تطبق أحكام الشريعة الآسلامية الخاصة بالردة ؟

ذهب رأى إلى أن المرتد عن الإسلام يقر على ردته ، وإذا ترتب على الردة أن أصبح الزوجان متحدين فى الملة والطائفة ، طبقت عليهما أحكام شريعتهما الطائفية ٠ ولاتطبق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالردة ٠ ويستند أصحاب هذا الرأى إلى عدة أسانيد أهمها :

أن المشرع يعتد بكل تغيير فى الديانة قبل رفع الدعوى أياً كانت وجهة هذا التغيير ، ولايمكن القول بتطبيق الشريعة الإسلامية لأن ذلك

يعد مصادرة على المطلوب إذ لازلنا فى معرض البحث عن الشـــريعة الواجبة التطبيق • واعمال أحكام الردة يخالف مبدأ حرية العقيدة التـــى كفلها الدستور وهى من النظام العام •

ولكن القضاء المصرى وعلى رأسه محكمة النقض يرفـــض ذلـــك الرأى ويطبق أحكام الشريعة الإسلامية التـــى توجـــب التفريـــق بيـــن الزوجين ولاتطبق الشريعة الطائفية لأن المرتد لا ملة له ولادين[١] •

ذلك أن أحكام الردة فى الإسلام من الأسس والقواعد التـــى يقـــوم عليها النظام الإجتماعى فى مصر ، وتتعلق بالنظام العـــام القـــائم فـــى مسائل الأحوال الشخصية على مضمون إسلامى ، ولايتعارض تطبيـــق أحكام الردة مع حرية العقيدة ، لأن حرية الاعتقاد شئ وترتيـــب أثـــر قانونى معين عليه شئ آخر ليس فيه مساس بتلك الحرية •

وتطبيق أحكام الردة هو إعمال لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيـــب المحاكم الشرعية التى تقضى بالرجوع إلى أرجح الأقوال من مذهـــب أبى حنيفة فى حالة عدم وجود نص فى القانون •

والأصل أن من يرتد عن الإسلام يهدر دمه إعمالاً لحديث الرسول " من بدل دينه فأقتلوه إلا أن يتوب " وقوله تعالى ﴿ **ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا وفى الآخرة** ﴾ •

---

(١) من المقرر شرعاً ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن زواج المسلمة بغـير المسلم كتابياً كان أم غير كتابى حرام بإتفاق ولاينعقد أصلاً ، كما أن المرأة المســـلمة إذا أرتدت ثم تزوجت لاينعقد لها زواج • لما كان ذلك ، فإن معاشرة والدة الطاعنيين لوالـــد المطعون عليه (المسيحى) سواء قبل ردتها أو بعدها محرمة شرعاً لا تنتج فراشـــاً ولا تثبت نسباً يتولد عنه أى حـــق فـــى المـــيراث • طعـــن رقـــم ٨ ســـنة ٤٤ ق جلســـة ١٩٧٥/١٢/٢٤ •

وقتل المرتد لايطبق فى الوقت الحاضر ، إلا أن القضاء يرتب جميع النتائج التى تترتب على الردة من الناحية المدنية[1] ، كعدم إقرار المرتد على ملته وحرمانه من الميراث وبطلان وصيته وفسخ زواجه وبطلان زواجه الجديد ، أى أن أحكام الردة المقررة فى الشريعة الإسلامية هى التى تطبق ، ولاتطبق أية شريعة طائفية .

ولقد قررت محكمة القضاء الإدارى أن أحكام الردة واجبة التطبيق جملة وتفصيلاً بأصولها وفروعها وأنه لايغير من هذا النظر كون قانون العقوبات الحالى لاينص على إعدام المرتد .

وأفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ببطلان وصية المرتد وعدم جواز تسجيلها .

وقضى بأن المرتد لايقر على ردته وتطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية ، وبالتالى لايعتبر مخالفاً للقانون الحكم الصادر ببطلان زواج المرتدة لإرتدادها محافظة على حقوق الله وصيانة لها من العبث وهى أمور لاتتصل بحرية العقيدة .

وتؤكد محكمة النقض أن ردة الرجل فرقة بغير طلاق (فسخ) .. وهى بالإجماع تحصل بنفس الردة وتثبت فى الحال وتقع بغير قضاء القاضى سواء كانت الزوجة مسلمة أم كتابية .

ويجرى قضاء نفس المحكمة على عدم توريث المرتد أخذاً بمبادئ الشريعة الإسلامية ، ولايغير من هذا النظر خلو قانون المواريث من النص على حكم أرث المرتد لأن هذا القانون لم يتضمن جميع المسائل وأحال فيما لم ينص عليه منها إلى ارجح الأقوال من المذهب الحنفى ،

---

(١) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المرتد يستتاب ويأمر بالرجوع إلى الإسلام فإن هو عاد إلى الإسلام عاد ملكه إلى ماله بعد أن كان قد زال عنه بردته زوالاً موقوفاً . طعن رقم ٣٤ لسنة ٥٥ ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩٩٠/١١/٢٧ .

وهو ما لا يجوز معه القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم فى مسألة من هذه المسائل ومنها أرث المرتد من غيره إنما أراد به القانون أن يخالف نصاً فى القران أو فى السنة الصحيحة أو حكماً اتفق عليه فقهاء المسلمين •

وتعمل محكمة النقض فى هذا الصدد أحكام الحسبة فى الإسلام : "الحسبة هى فعل مايحتسب عند الله وفى اصطلاح الفقهاء أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله ، وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية أصلية أو مستمدة أضفاها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم الى القاضى بالدعوى أو بالشهادة لديه أو باستدعاء الى المحتسب أو الى المظالم "تبليغ النيابة العامة " ، ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق الله أو فيما كان حق الله فيه غالباً كالدعوى بإثبات الطلاق البائن والتفريق بين زوجين زواجهما فاسد •• " •

المطلب الثالث
تغيير الديانة والتعويض

هل يمكن مساءلة الشخص الذى يغير ديانته أو طائفته ، إستناداً إلى أنه ترتب على فعله الأضرار بالطرف الآخر وذلك عن طريق تغيير الظروف التى تم فيها انعقاد العقد والمساس بالحقوق المكتسبة له ؟ أو إستناداً إلى أنه مع حرية الشخص فى إعتناق العقيدة الإ أن ذلك يجب ألا يصل إلى حد التعسف فى استعمال هذا الحق ، أى إستعماله بنية الإضرار بالغير •

آثارت هذه المشكلة عدة اتجاهات فى الفقه والقضاء نعرض لها على النحو التالى :

الإتجاه الأول :

مؤدى هذا الإتجاه أنه وإن كان المشرع قد اعترف بحريـــة تغيــير العقيدة ورتب على هذا التغيير الآثار القانونية فى الحدود السـابقة إلا أن ذلك لايمنع من التوفيق بين مصالح الطرفين ، مسالح الزوج الذى غـير ديانته ومصالح الزوج الآخر التى أضيرت من جراء هـــذا التغيــير ، وذلك بالحكم بالتعويض على الزوج الذى غير ديانته وتسبب بذلك فــى تغيير الشريعة التى كانت واجبة التطبيق عند نشأة العلاقة بينهما ٠

ومبنى التعويض فى هذه الحالة أن الزوج قــد غــير بفعلــه هــو الظروف التى تم فيها العقد توصلاً إلى انهائه ، وهذا يعد عملاً ضــاراً يوجب الحكم عليه بالتعويض ٠

ومحاولة التوفيق تبدو فى إتجاه أعم مقتضاه ضرورة صيانة الحقوق المكتسبة للطرف الثانى والتى لاتتعارض مع ممارسة الطرف الذى غير ديانته للحقوق التى اكتسبها من قانونه الدينى الجديد ٠ فمثلاً لايتعـارض مع ممارسة الدين الجديد فى شئ إلزام الزوج فى ماله بنفقـــة الزوجــة التى أصبحت حقاً مكتسباً لها من مجرد زواجها الأول منه فـــى ظــل ديانتهما المشتركة ٠

وقضى ــ تطبيقاً لذلك ــ بالتعويض للزوجة التــى أسـلم زوجــها وتوصل بذلك إلى إنهاء عقد الزواج حيث أنه لايجوز للشخص أن يتحلل بمحض ارادته من عقد تم فى ظروف معينه لها طابع من الاستقرار ولا أن يغير هذه الظروف دون أن يعوض من أصابه ضــرر مــن هــذا التغيير، ويلتزم الزوج بتعويض الزوجة التى لاينبغى أن تــترك بــدون مورد ، ويراعى فى تقدير التعويض ثروة الزوج من جهـــة ومركــز الزوجة الإجتماعى من جهة أخرى ٠

ويعيب هذا الرأى أنه لايعقل أن نسمح لشخص بإستعمال حق خوله له القانون ثم نلزمه بالتعويض بعد ذلك • فالزوج الذى يستعمل حقه فى تغيير ديانته وماتعطيه له هذه الديانة الجديدة من حقوق كحق التطليق ، يصعب القول بإلزامه بالتعويض بعد ذلك •

الإتجاه الثانى :

حاول البعض البحث عن أساس آخر لتعويض الزوجة فى هذه الحالة ، وقد وجدوا هذا الأساس فى الشريعة الإسلامية حيث يقرر الفقهاء وجوب دفع المهر للمرأة المسيحية المطلقة من زوجها الذى أسلم • فإذا اراد الزوج الاستفادة من الحقوق التى تقررها الشريعة الإسلامية للأزواج ، وجب عليه فى نفس الوقت أن يتحمل بالإلتزامات التى تفرضها عليهم ، ومن ذلك إلتزامه بدفع المهر الذى يقوم مقام التعويض عن الضرر الحاصل للزوجة فعلاً •

ويعيب هذا الرأى أنه يخلط بين أمرين مختلفين ، فالإلتزامات التى يتحملها الزوج تعد نتيجة لتطبيق الشريعة الإسلامية الناجم عن تغيير الديانة وليست من قبيل التعويض ، فالزوج يلتزم بها حتى لو لم يصب الزوج الآخر بضرر بسبب تغيير الديانة • والمهر يعد أثراً لتطبيق الشريعة الإسلامية وهو يختلف عن التعويض •

الإتجاه الثالث :

ويرى أصحاب هذا الإتجاه أنه لايمكن منع آثار تغيير الديانة الذى تم طبقاً للقانون ، ويبقى ممكناً الحكم بالتعويض لأن التغيير يكون قد أضاع حقوقاً للطرف الآخر ، وفى هذا إضرار به يستوجب التعويض • ولايلتزم الشخص بالتعويض كلما غير مذهبه أو ديانته وإلا كان ذلك من قبيل المصادرة لحرية الاعتقاد ، ولكن الزوجة تستحق التعويض إذا استعمل الزوج حقه هذا بنية الغش تهرباً من أحكام شريعته الأصلية أو الإستفادة من أحكام الشريعة الجديدة •

يستند أصحاب هذا الرأى إلى نظرية التعسف فى استعمال الحـــق ، فالزوج الذى يغير مذهبه بدون سبب سوى الرغبة فى التخلص من حكم النفقة ، يكون قد استعمل حقه استعمالا غير مشروع لأنه لم يقصد بـــه سوى الإضرار بزوجته ، وإسقاط حق النفقة لايتناسب مـــع مـــايصيب الزوجة من ضرر من جراء بقائها مقيدة بالزوج الذى غير ديانته عمـدا بنية الغش للتخلص من أحكامها •

ونظرية التعسف فى استعمال الحق تعد نظرية عامة تطبق فى مجال الأحوال العينية والأحوال الشخصية ، وتطبق فى مجال الحقوق وفـــى مجال الرخص على حد سواء •

فأساس التعويض هو التعسف الناتج عن سوء نية من يغير ديانتـــه ويتـــلاعب بالأديان بقصد الغش ، أى لابد من إثبـــات هـــذا السـلوك الخاطئ • ولايتأتى ذلك إلا بالدخول فى نطاق النوايا والدوافـــع التـــى دفعت الفرد إلى التغيير • وهو أمر لايقره المشرع حيث يعتد بـــالتغيير ويعتبره صحيحا إذا تم فى توقيته ولا يهم الدافـــع ، ولاتبيـــح محكمـــة النقض الدخول فى النوايا والدوافع ، طالما أن التغيير قد تم وأفرغ فـــى الإجراءات المطلوبة •

ويجيب أصحاب هذا الرأى أن محكمة النقض تعنى امتناع البحـــث عن النوايا لكى نعتد أولا نعتد بالتغيير ، ولكن هذا البحث لايمتنـــع إذا كان بقصد معرفة ما إذا كان التغيير بقصـــد التحـــايل والغـــش أم لا ، توصلا بذلك إلى الحكم بالتعويض للطرف الآخر • فمقتضيات النظـــام العام توجب حرية العقيدة والإعتراف بالتغيير ، ولكن ذلك لايتعـــارض البته مع إلزام من يغش فى تغيير عقيدته بدفع مبلغ من التعويض مـــع الاعتراف فى نفس الوقت بالتغيير •

يعيب هذا الرأى أنه يقوم على سلطة تقدير بواعث التغيير ، وهـــذا

أمر يخالف ما أستقر عليه قضاء النقض ونصوص التشريع حيث الإعتداد بالتغيير دون التعرض للبواعث أو الدوافع التى أدت اليه ، وترتيب الآثار القانونية على هذا التغيير واستفادة صاحبه من وضعه الجديد[1] .

ولايعقل إباحة البحث عن النوايا والدوافع من جانب وتحريمه من جانب آخر فى نفس القضية ، فمرة يباح الغش ونعتد بالتغيير ومرة نحرمه ونرتب عليه الحكم بالتعويض . فهذا أمر غير مقبول .

الإتجاه الرابع :

الراجح الذى استقرت عليه محكمة النقض هو أن حرية العقيدة تقتضى إعطاء الفرد مكنة تغيير الدين أو المذهب ، ويعد هذا سلوكاً مشروعاً ، ولايجوز للمحكمة أن تدخل فى النوايا والدوافع طالما أن التغيير قد أفرغ فى الإجراءات المطلوبة ، أى أن القضاء لايبحث سوى المظاهر الخارجية الرسمية فقط[2] .

---

(١) إن للشخص أن يغير دينه أو مذهبه أو طائفته وهو فى هذا ــ وعلى ماجرى به =
= قضاء هذه المحكمة ــ مطلق الإرادة تحقيقاً لمبدأ حرية العقيدة طالما قد توافرت له أهلية الأداء . والإعتقاد الدينى مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط فإذا ماغير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فإنه من وقت هذا التغيير لايعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد ولاينبغى للقضاء أياً كانت جهته أن ينظر إلا فى توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لإعتناق هذا الدين أو المذهب ، واستخلاص قاضى الموضوع تغيير الإنسان دينه أو مذهبه أو طائفته هى مسألة واقع يستقل بها مادام استخلاصه قد جاء سائغاً وله أصله الثابت فى الأوراق . نقض ١٩٦٩/١/٢٩ س ٢٠ ص ١٨٧ .

(٢) المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن للشخص أن يغير دينه أو مذهبه وهو فى هذا مطلق الإرادة تحقيقاً لمبدأ حرية العقيدة ، إذ الاعتقاد الدينى مسألة نفسية فلا يمكن لاية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها . طعن رقم ١٧ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٥ .

من المقرر بأن الإعتقاد الدينى مسألة نفسانية ، ولايجوز لقاضى الدعوى ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها ودواعيها . نقض ١٩٧٠/١/١٤ س ٢١ ص ٩٦ .

وان كان يمكن المطالبة بالتعويض ، لا عن فعل التغيير فى ذاته أو مايترتب عليه من آثار قانونية ، ولكن عن الأفعال المصاحبة له والمستقلة عنه طبقاً للمبادئ العامة فى المسئولية المدنية ، وذلك كأن يصبح للزوج الحق فى ايقاع الطلاق بعد تغيير مذهبه ، فيتعسف فى إستعمال هذا الحق ، أى يستعمله بصورة خاطئة ، أو فى ظروف تشكل خطأ من جانبه يستوجب المسئولية التقصيرية .

فقد حكم بأن الشريعة الإسلامية لا تمنع إلزام الزوج الخارج فى طلاقه على حكمها من تعويض مطلقته عن الأضرار التى أحدثها بها طلاقه الحرام وخاصة إذا كان الرجل لايقصد من ذلك سوى الكيد والنكاية .. ومن حيث أن الطلاق فى الواقع ، شأنه شأن سائر الحقوق، يخضع لإشراف القضاء ، فإذا تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع ، قضى بالتعويض طبقاً للمادتين (٤) ، (٥) من القانون المدنى .

وكذلك الحكم بالنسبة للزوج الذى يوقع الطلاق بدون سبب ، ودون اللجوء إلى وسائل التوفيق على نحو يوقع الضرر بمطلقته فى سمعتها ومستقبلها ، كتركها لسبب الزواج بأخرى مثلاً ، هذا الزوج يكون قد أساء إستعمال حقه ويلتزم بالتعويض الذى لايتعارض مع نفقة العدة ، ومؤخر الصداق لإختلاف أسباب كل منها .

وهذا مانص عليه قانون الأحوال الشخصية الجديد : " الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولابسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط"[١] .

---

(١)القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى المادة ١٨ مكرر .

المطلب الرابع
إثبات اتحاد الطائفة أو الملة أو تغييرها

يعد الاختلاف أو الاتحاد فى الملة أو الطائفة واقعة مادية ومن ثم يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ، كبيانات شهادة الميلاد أو شهادة من كنيسة أو القيد فى سجلاتها أو التعميد بها ، فيمكن الاستناد الى البينة والقرائن والإقرار .

فالقضاء لايشترط وسيلة معينة للإثبات فى هذا الصدد ، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير الدليل والاقتناع به ، ولاتخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، ولكن يشترط فى ذلك أن لا يكون استخلاص المحكمة متناقضاً مع الثابت فى أوراق مؤكدة فى الدعوى . ولايجوز المنازعة فى اتحاد الملة أو الطائفة لأول مرة أمام محكمة النقض[1]. ويختلف الحكم بحسب ما إذا تعلق الأمر بإثبات الدخول فى الإسلام أم الى غيره.

---

(١) إذا استخلصت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية أن الطاعنة (الزوجة) قد انضمت الى طائفة الروم الأرثوذكس واستمرت كذلك حتى انعقدت الخصومة فى الدعوى الحالية (دعوى إثبات طلاق) وأطرحت المحكمة المستندات التى قدمتها الطاعنة للتدليل على أنها عادت إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس (طائفة الزوج) ولم تعول عليها ، وأنه بهذا الوضع يكون الطرفان مختلفى الطائفة ، واستندت فى كل ذلك إلى أسباب سائغة لا مخالفة فيها للثابت فى الأوراق ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون مجرد جدل موضوعى لايسوغ طرحه أمام هذه المحكمة " .

إذا كان الثابت فى الدعوى أن الطاعنة (الزوجة) مقرة بأنها انضمت إلى طائفة الروم الأرثوذكس ، ولكنها تدعى أنها عادت إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس (طائفة الزوج) واستدلت على ذلك بمستندات قدمتها،وكان الحكم المطعون فيه لم يستند فى عدم عودة الطاعنة إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس إلى أنها لم تعمد أمام هذه الطائفة ، وإنما أطرح المستندات التى قدمتها للتدليل على عودتها إلى الطائفة المذكورة ، فلا جدوى من تعييب الحكم بأنه ساق التعميد فى مجال الاستدلال على إنضمام الطاعنة إلى طائفة الروم الأرثوذكس " . نقض ١٩٧٣/٤/١٨ .

الشرائع الطائفية، ماهيتها، تحديد ما إذا كان الانتماء لجماعة معينة يعتبر تغييراً للعقيدة الدينية يسوغ تطبيق الشريعة الإسلامية، مرده إلى القانون الوضعي والمصادر الدينية استخلاص هذا التغيير، واقع استقلال قاضى الموضوع بتقديره ما دام استخلاصه سائغاً. (الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٦٢ قضائية "أحوال شخصية" ــ جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦).

الفرع الأول
إثبات الدخول فى الإسلام

ولاتثور الصعوبة إذا كان الأمر متعلقا بإثبات الديانة الإسلامية أو الدخول فيها ، فمجرد إقرار الشخص بالإسلام ونطقه بالشهادتين يكفى ولايلزم لذلك إجراء معين أو شهادة خاصة أو التبرى من أى دين آخر ، وليس من المحتم أداء الشعائر والفرائض الإسلامية كالصلاة والصوم •

وقد أرست محكمة النقض فى هذا الصدد ، عدة مبادئ :

- الإعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الأقوال بظاهر اللسان ، والتى لايجوز لقاضى الدعوى أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها أو دواعيها ، وأن نطق الشخص بالشهادتين كاف فى إعتباره مسلما شرعيا ومعاملته معاملة المسلمين وسريان أحكام الإسلام عليه بدون حاجة الى إعلان هذا الإسلام رسميا أو إتخاذ أى إجراء آخر لإعتباره فى عداد المسلمين ، وبالتالى فإنه لا مسوغ لما يستوجبه الطاعن من شهر الإسلام على النموذج الذى قدمه وتوثيقه والتصديق عليه من الجهات الإدارية لأنه إنما يقصد بها مجد تيسير الاثبات لمن يطلبه دون أن تخل بحرية العقيدة الدينية فتضفى عليها شكلية معينة أو تحول دون من يبتغى الإسلام دينا من سلوك أية وسيلة أخرى يرى فيها غناء[١] •

- أن النطق بالشهادتين كاف فى إعتبار الشخص مسلما دون ما حاجة إلى اتخاذ أى إجراءات أخرى[٢] •

---

(١) نقض ١٩٧٨/٣/١ س ٢٩ ص ٦٥١ •

(٢) طعن رقم ٣٤ لسنة ٥٥ ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩٩٠/١١/٢٧ •

الإعتقاد الدينى ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ مسألة نفسانية وهو من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الإقرار بظاهر اللسان والتى لايسوغ لقاضى الدعوى التطرق الى بحث جديتها أو بواعثها ودوافعها • ولما كان والد المتوفاة قد أقر بانه مسلم=

- من المقرر شرعا انه إذا نطق المسيحى بالشهادتين وثبت من وقائع الدعوى انه ترك ديانته المسيحية نهائيا وصار مسلما إسلاما حقيقيا فإن ذلك كاف فى إعتباره مسلما شرعا ومعاملته معاملة المسلمين وسريان أحكام الإسلام عليه بدون حاجته الى إعلان هذا الاسلام رسميا أو اتخاذ أى إجراء لإعتباره فى عداد المسلمين .

- المفتى به فى الراجح من مذهب الحنفية هو صحة الإسلام بالشهادتين بلا تبرى ، لأن التلفظ بالشهادتين أصبح علامة على الاسلام وعنوانا له . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأن المتوفاة ماتت على دين الإسلام استنادا إلى ماثبت لديه من البينة الشرعية بأنها نطقت الشهادتين وأنها كانت تؤدى بعض شعائر الدين الإسلامى من صلاة وصوم وتلاوة القران ، ولم يجعل من النطق بالتبرى من أى دين آخر شرطا لإعتبارها مسلمة ، فإن الحكم لايكون قد خالف القانون أو تنكب نهج الشرع الإسلامى[1] .

= ونطق الشهادتين بين يدى القضاء ، فإنه لايجوز التعرض لحقيقة إسلامه وصحة ايمانه به. نقض ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ص ٢٨٤ .

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/١١ س٢٥ ص ٤١٧ .

أقام الحكم المطعون فيه قضائه بثبوت عودة المطعون ضدها الأولى وزوجها إلى الإسلام قبل وفاته على ما إستخلصه من اقرارهما بطلبى استخراجهما بطاقة الاقامة فى مصر انهما مسلمان فضلا عن عقد بيع مسجل صادر منها قبل وفاة زوجها بإعتبارها مسلمة ــ استخلاص موضوعى يكفى لحمل قضائه دون حاجة لإستخراج اشهار اسلامهما قبل وفاته .

إذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت عودة المطعون ضدها الأولى وزوجها إلي الإسلام قبل وفاته فى ١٩٧٧/٨/٤ على ما إستخلصه من اقرار المطعون ضدها الأول هى وزوجها بطلبى استخراجهما بطاقة الاقامة فى مصر بتاريخ ١٩٧٥/٧/١٤ ، ١٩٧٧/٧/٩ أنهما مسلمان فضلا عن عقد بيع مسجل صادر منها بتاريخ ١٩٧٦/٥/١٤ قبل وفاة زوجها ــ بإعتبارها مسلمة ــ هو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت فى الأوراق ويكفى وحده لحمل قضائه دون ما حاجة لإستخراج إشهار بإسلام المطعون ضدها الأولى وزوجها قبل وفاته ويكون النعى بسبب الطعن لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل مما لايجوز اثارته أمام محكمة النقض . طعن رقم ٣٤ لسنة ٥٥ " أحوال شخصية " ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٧ .

- الراجح فى مذهب الحنفية أن المسلم تبعا لإسلام أحد ابويه لايلزمه تجديد الإيمان بعد بلوغه لوقوعه فرضا بإعتباره البقاء على أصل الفطرة أو ماهو أقرب إليها •

- المتفق عليه فى الفقه الإسلامى أن الولد يتبع أحد أبويه فى الإسلام بإعتباره خير الديانات حتى يصير مكلفا ، ولاتنقطع هذه التبعية ويتحقق التكليف إلا بالعقل والبلوغ لأنه أنظر له ، ولايكفى سن التمييز، والأصل فى البلوغ أن يظهر بأماراته المعهودة وإلا فبتجاوز الخمس عشرة سنة هجرية • ولما كان الثابت أن المتوفاة لم تكن جاوزت الثامنة من عمرها ــ وعلى ما أفصح الحكم ــ عند اعتناق والدها دين الإسلام فإن من المتعين أن تلاحقه دينه الجديد وتتابعه فيه[1] •

- يكفى توافر أهلية الصبى المميز لتغيير الدين إلى الإسلام إذا كان للشخص أن يغير دينه أو مذهبه أو طائفته وهو فى هذا مطلق الإرادة تحقيقا لمبدأ حرية العقيدة ، الإ أن مناط ذلك أن تتوافر له أهلية الأداء لهذا التغيير ، وهى فى اصطلاح الفقهاء صلاحية الانسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا ، ويكفى فيه إذا كان التغيير الى الإسلام أن تكون للشخص أهلية الصبى المميز لما فيه من نفع محض له فى حق أحكام الآخرة[2] •

الفرع الثانى
إثبات الدخول فى غير الإسلام

تثور التساؤلات بصدد إتحاد الملة أوالطائفة أو تغييرها فى الديانات الأخرى حيث يلزم إجراءات وشعائر معينة ، وقد استقر القضاء فى هذا

---

(١) نقض ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ص ٢٨٤ •

(٢) طعن رقمى ٥٧ ، ٦٦ لسنة ٤٩ ق ؛ جلسة ١٩٨١/٦/٢٣ •

الصدد على عدة مبادئ جوهرية نورد أبرزها :

- أن تغيير الطائفة والملة لايتم ولاينتج أثره بمجرد الطلب أو إبداء الرغبة ولكن بعد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية وقبول طلب الإنضمام إلى الطائفة والملة الجديدة والقيد في سجلاتها • وهذا هو التاريخ الذى يعتد فيه بالتغيير (لأهمية ذلك بالنسبة لرفع الدعوى كما ذكرنا) لامجرد الطلب أو الرغبة ، أو تاريخ تحرير الشهادة الدالة على الإنتماء إلى الجهة الجديدة ، فذلك يكون لاحقا على الدخول الفعلى فى الملة أو الطائفة[1] •

- ويجب أن تكون للطائفة أو الملة الجديدة وجود قانونى معترف به من الدولة ورئاسة دينية معتمدة من حقها الموافقة على الإنضمام والتحقق من جديته •

وبناء على ذلك لم تعترف المحكمة بالإنضمام إلى طائفة الأدفنتست (السبتيون) ، ولم تعترف بالشهادة الصادرة عن هذه الطائفة، التى ليس لها وجود قانونى مستقل ، فهى إحدى الطوائف الإنجيلية • ولايؤدى الإنضمام إليها دون الحصول على موافقة المجلس الملى العام للطائفة الإنجيلية ، إلى تحقيق الإختلاف فى الملة أو الطائفة، ولايجوز تبعا لذلك تطبيق الشريعة الإسلامية[2] •

- أن الإقرار بالإنضمام إلى إحدى الطوائف الدينية مرتبط بالولاية على النفس دون المال ، فلا يشترط لصحته أن يكون المقر قد بلغ سن ٢١ وهى شن الرشد القانونى اللازم لصحة التصرفات المالية ، بل يكفى بلوغ السن التى تزول فيها الولاية على النفس ، ولاتكفى سن التمييز بل لابد من العقل والبلوغ ، والأصل فى البلوغ ظهوره بأماراته

(١) نقض ١٩٨٥/٤/٥ س ٣٦ ص ٥٨٣ •

(٢) نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ س ٢٩ ص ١١٣٧. الطعن ٢٨٠س ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦.

المعهودة أو بتجاوز الخمس عشرة سنة هجرية[1] .

- أن الشخص ينتمى إلى ملة وطائفة والديه ، ويترتب ذلك على مجرد واقعة الميلاد ، فالولد يتبع أحد أبويه فى الإسلام ، وهذه التبعية لاتنقطع إلا بالعقل والبلوغ . ويظل الشخص مسلما تبعا لإسلام أحد أبويه ، ولايلزم تجديد ايمانه[2] .

- الأصل هو اتحاد الملة والطائفة بين الخصوم ، إذ أن الظاهر من الأمور أن الزواج يتم بين افراد من نفس الطائفة ، وعلى من يدعى اختلاف الملة أو الطائفة أن يقيم الدليل على ذلك . فعبء الاثبات يقع على عاتق من يدعى تغييره لطائفته ، ولايكفى مجرد إدعاء الشخص بانه ينتمى إلى طائفة معينة أو أنه قد غير طائفته ، بل لابد أن يثبت ذلك بطريقة قاطعة . ولقاضى الموضوع سلطة تقدير ذلك من خلال كافة الأدلة المقدمة . وإذا عجز عن ذلك وقام الشك بهذا الصدد ظل الوضع الأصلى على ماهو عليه ، أى إنتماء الخصم للطائفة المفترضة وهى نفس الطائفة التى ينتمى إليها الزوج أو الزوجة أو الوالدين على حسب الأحوال[3] .

- مجرد تعميد الشخص أمام كنيسة معينة ، أو عقد الزواج أمام تلك الكنيسة لايكون بذاته قرينة قاطعة على إنتماء الشخص إلى طائفة هذه الكنيسة[4] ، فقد يتم هذا على سبيل البركة أو تسهيل إجراءات الزواج

---

(١) نقض ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ص ٢٨٤ .

نقض ١٩٥٤/١٢/١٨ س ٦ ص ٢٦ .

(٢) نقض ١٩٧٤/١/١٩ س ٢٥ ص ١٢٣ .

(٣) نقض ١٩٧٣/٤/١١ س ٢٤ ص ٥٩١ .

(٤) نقض ١٩٥٤/٥/٢٣ س ٥ ص ٧٠١

تحرير عقد الزواج لدى جهة ملية معينة لايمنح هذه الجهة ــ وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض ــ أختصاصا قضائيا بالفصل فى المنازعات الناشئة عن هذا الزواج، إذ =

مع بقاء الفرد محتفظا بطائفته الأصلية طالما أن هذا كان ثابتا بصورة مؤكدة[1] .

- أن تغيير الديانة أو الطائفة لايتوقف على إخطار الجهة القديمة أو موافقتها بل العبرة بموقف الجهة الجديدة المختصة وتاريخ قبولها وما يلزم من إجراءات وشهادات معينة[2] .

= العبرة بكون طرفى الخصومة من أبناء ملة واحدة تابعة لهذا المجلس · ومتى كان الثابت أن الطرفين قبطيان أرثوذكسيان وقد تم عقد الخطبة بينهما أمام الكنيسة التى يتبعانها ثم عقدا زواجهما أمام ذات الكنيسة وظلا يتنازعان أمام المجالس الملية للأقباط الأرثوذكس دون أن يثير أحدهما أو كلاهما نزاعا ما حوال ملتهما إلى أن قضىَ استئنافيا من المجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس بالفصل بينهما والتصريح لكل منهما بالزواج، فإن هذا الواقع يدل على أنهما قبطيان أرثوذكسيان من أبناء ملة واحدة ، ولايغير من ذلك كونهما عقدا زواجا ثانيا أمام الكنيسة الانجيلية فى الفترة بين الخطبة والزواج الأول · نقض ٢٩/١٢/١٩٦٤ س ١٥ ص ٩٧٤ ·

أن إتمام الخطبة أو إبرام عقد الزواج وفقا لطقوس الطائفة التى ينتمى إليها أحد الزوجين لايسوغ له التحدى بإنضمام الزوج الآخر إلى ذات الطائفة التى تمت الخطبة أو إبرام الزواج على أساسها ، ولاينهض بذاته دليلا على تغيير طائفته أو مذهبه لأنه قد يكون المراد به مجرد تيسير توثيق العقد دون مساس بالملة أو المذهب الذى يدين به ·

ورتبت المحكمة على ذلك ، أنه إذا كانت الزوجة كاثوليكية ، وقت الزواج ، فإن إبرام الزواج وفقا للطقوس الأرثوذكسية ، لاينهض بذاته دليلا على أن الزوجة قد أصبحت أرثوذكسية ، بل وتظل الزوجة معتبرة كاثوليكية ولاتسمع دعوى الطلاق بالنسبة لها · نقض ٢٩/١٢/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٨٥١ ·

(١) التوثيق لايعد إنشاء لزواج جديد ولايفيد ببياناته سواء المنقولة عن العقد الأصلى أو المثبتة على لسان الزوجيين فى تحديد الطائفة أو الملة التى ينتميان إليها ، لأنه لايعدو أن يكون وسيلة إثبات أصلية للزواج ، لأن إقرار أحد الزوجين فى وثيقة التصادق بإنتمائه إلى طائفة معينة لا يفيد ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ عدم تغييره لتلك الطائفة ، ولاينهض وحده دليلا على رجوعه إليها إذا كان قد سبق له الخروج منها ، إذ قد يكون المراد منه مجرد تيسير توثيق العقد دون مساس بالملة أو المذهب أو الطائفة التى أصبح ينتمى إليها فى حقيقة الواقع · نقض ١٧/٢/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٦٦٢ ·

(٢) من المقرر أن التغيير ينتج أثره بمجرد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ولايتوقف على إخطار الطائفة القديمة ، والقول بوجوب اخطار الجهة الدينية التى تتبعها الطائفة أو الملة القديمة لامفهوم له إلا أن يكون لهذه الجهة الحق فى أن توافق أو أن تعترض على حصول هذا التغيير وهو وضع شائك ، وإذا كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أنه " لايكفى لتغيير الطائفة أو الملة أن ينتمى الشخص الى الطائفة أو الملة الجديدة ، وإنما يجب فوق ذلك أن يخطر الطائفة أو الملة =

- ويلزم التأكد من جدية التغيير وبحث مستنداته ، فإذا ما تبين عدم جديته فإنه يجب عدم الإعتداد به وعدم ترتيب الآثار المترتبة عليه ، وضرورة بحث الأوراق والدلائل التى تشكك فى مثل هذا التغيير ، وإلا إعتبر الحكم قاصر التسبيب ويتعين نقضه[1] .

- تغيير الديانة أو الملة العبرة فيه بتاريخ الإنضمام إلى الكنيسة الجديدة لا بتاريخ تحرير الشهادة الدالة على ذلك والتصديق عليها .

متى كان الحكم المطعون فيه لم يعول على تاريخ إنضمام الطاعنة إلى الكنيسة الكاثوليكية من قبل رفع الدعوى ، بل عول على تاريخ تحرير الشهادة المثبتة لهذا الإنضمام والتصديق عليها ورتب على ذلك قضاءه برفض الدفع بعدم سماع الدعوى وبإثبات الطلاق ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه[2] .

سلطة الكنيسة فى قبول الانضمام و إبطاله :

الغاء المحاكم الملية ـ لايمتد الى سلطات رجال الدين بشأن قبول طلبات الإنضمام أو رفضها أو إبطالها [3] .

للرئيس الدينى للملة أو الطائفة التى يرغب الشخص فى الإنضمام

= القديمة بإنتمائه للطائفة أو الملة الجديدة " فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه. نقض ١٩٦٦/٣/٢٣ س ١٧ ص ٦٨٥ .

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/١٩ س ٢٦ ص ١٤٥٣ .

(٢) نقض ١٩٦٨/٥/١ س ١٩ ص ٨٩٥ .

إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى فى حدود سلطته الموضوعية أن تحديد تاريخ انضمام الطاعنة لطائفة الأقباط الإنجيلية يرجع إلى تاريخ صدور شهادة رئيس الكنيسة الرسولية للأقباط الإنجيليين بشبرا ، مستندا إلى القرائن التى ساقها وكان هذا الإسناد أمرا يتعلق بتقدير الدليل فى الدعوى مما تستقل به محكمة الموضوع مادام تقديرها يستند إلى أسباب سائغة فإن النعى على الحكم ـ بالفساد فى الإستدلال والقصور فى التسبيب ـ يكون غير سديد . نقض ١٩٧٦/٢/١٧ س ٢٧ ص ١٦٠٦ .

(٣) نقض ١٩٧٣/٤/١١ س ٢٤ ص ٥٩١ .

إليها أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمة ، كما أن له أن يبطل الإنضمام بعد قبوله ويعتبره كأن لم يكن إذا تبين عدم جديته ، وأن الشخص لم يستهدف من التغيير إلا التحايل على القانون ،إعتباراً أنه يندرج فى صميم السلطات الدينية الباقية للجهات الكنسية ، وكان بطلان الانضمام لايترتب عليه أن يصبح الشخص بلا مذهب أو ملة بل يعتبر باقياً على مذهبه القديم كأن تغييراً لم يحدث فيه ، وكان من حق قاضى الموضوع – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – مراقبة الظروف التى حدت بالجهة الدينية إلى إبطال قرار الانضمام للتحقق من صدوره فى نطاق السلطات الكنسية الباقية لها ، وانه مبنى على أساس سوء نية طالب الانضمام منذ قدم الطلب به، لأنه مسألة تكييف تتعلق بتطبيق القانون على واقعة الدعوى[١] .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للجهات الكنسية سلطة البحث فى دوافع وبواعث تغيير العقيدة بقبول الانضمام إليها بداءة كما أن لها أيضاً تتبع مدى سلامة الانضمام بعد حصوله بمعنى أن لها أن تبطله وتعتبره كأن لم يكن متى استبان لها أن الشخص كان عند انضمامه سئ النية ولم يستهدف من التغيير إلا التحايل على القانون شريطة أن يكون سبب الإبطال معاصراً لقرار الإنضمام وليس لاحقاً عليه فينبسط الإلغاء عندئذ بأثر رجعى ويعتبر باقياً على مذهبه القديم وكأن تغييراً لم يحدث . ولقاضى الموضوع مراقبة الظروف التى حدت بالجهة الدينية على إبطال قرار الإنضمام أياً كان الوصف الذى تطلقه عليه للتحقق من صدوره فى نطاق السلطات الكنسية الباقية لها وأنه مبنى على أساس سوء نية طالب الانضمام عند تقديم طلبه وأن مرده الى سبب مصاحب لقرار الانضمام ومعاصراً له وليس مبعثه سلوك الشخص فى فترة

---

(١) طعن رقم ٤٦ لسنة ٤٨ ق – جلسة ١٩٨١/١/٢٧. طعن ٢٨٠س ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦

لاحقة على إنتمائه سليما بإعتبار ذلك مسألة تكييف متعلق بتطبيق القانون على واقعة الدعوى[1] •

لقاضى الموضوع الحق فى مراقبة الأسباب التى حدت بالجهة الدينية على إلغاء قرار الإنضمام ـ أيا كان الوصف الذى تطلقه عليه ـ للتحقق من أنه صدر فى نطاقه ولم يخرج عنه واستهدف الحيلولة دون التحايل على القانون وحتى لايمثل الإلغاء قيدا على مبدأ حرية العقيدة والمساس به ، ولما كان ماتقدم وكان الحكم المطعون فيه وقف عند حد تقرير سلطة الرئيس الدينى فى سلامة إلغاء انضمامه وقيامه على أسباب مسوغة ، فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون قد أغفل دفاعا جوهريا من الجائز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الدعوى[2] •

ويعن لنا فى هذا الصدد **إبداء الملاحظات الآتية** :

أولا : أن تغيير الديانة إلى الإسلام أسهل بكثير من التغيير إلى المسيحية • إذ يكفى مجرد النطق بالشهادتين لإعتناق الدين الإسلامى ، وإجراءات شهر الإسلام ليست إلا لتسهيل عبء الإثبات • والسبب فى ذلك أن الإسلام لايعرف سلطة مماثلة لسلطة الكنيسة •

بل أن القضاء يكتفى فى هذا الصدد بمجرد الإقرار الضمنى بدلا من الإقرار الصريح المتمثل فى النطق العلنى بالشهادتين ، حيث أكدت محكمة النقض أنه متى كان " الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإسلام الطاعن واسناده الى تاريخ زواجه بمسلمة ، على ماجاء فى وثيقة الزواج من خلوه من الموانع الشرعية والقانونية ومنها أن يكون الزوج مسيحيا والزوجة مسلمة ورتبت على ذلك أنه من هذا التاريخ ومن بدء

---

(١) طعن رقم ٢٨ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٥ •

(٢) نقض ١٩٧٧/١/٢٦ س ٢٨ ص ٢٩٦•

اقرار والد الطاعن بخلوه من الموانع الشرعية يعتبر أنه مسلم وأنه نطق بالشهادتين وهو استخلاص موضوعى سائغ لدلالة الاقرار يستقل به قاضى الموضوع[1] ٠

ثانيا : يتطلب التغيير فى الديانة المسيحية إجراءات وطقوس ومستندات وموافقة السلطة الدينية المختصة التى تتأكد من جديته ٠

ثالثا : الواقع أنه وأن كانت محكمة النقض قد حرمت البحث فى جدية التغيير وبواعثه واكتفت بمجرد المظاهر الخارجية الرسمية لـه[2]، إلا أنها من جهة أخرى أقرت صراحة سلطة الكنيسة فى البحث عن الدافع الى التغيير ومدى جديته بل وحقها فى رفضه أو قبوله ٠

وذهب القضاء إلى أبعد من ذلك بإقراره سلطة الكنيسة فى سحب قرارها بقبول الانضمام إلى الطائفة التى تقوم عليها بعد أن تبين لـها أن هذا الإنضمام كان من قبيل التحايل على القانون[3] ٠

---

(١) نقض ١٩/١/١٩٦٦ س ٢٧ ص ١٧٤ ٠

(٢) المستقر ــ فى قضاء هذه المحكمة ــ أن تغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ومن ثم فهو ينتج أثره بمجرد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية ، فلا يجوز القول بأن انضمام المطعون عليها ــ الزوجة ــ إلى طائفة اللاتين الكاثوليك لم يكن وليد عقيدة أو نتيجة تحايل ٠ نقض ١٥/١٢/١٩٧٦ س ٢٧ ص ٧٥٨ ٠

بطلان إنضمام الزواج لطائفة السريان الأرثوذكس مؤداه أن تغييراً لم يحصل فى طائفته ، بل ظل كما كان قبطياً أرثوذكسياً وإذ لايتصور الفصل بين بطلان الانضمام وبين إنعدام أثره ، فلا يكون هناك محل للقول بإمكان تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية على واقعة النزاع ، وإذ رتب الحكم على بطلان انضمام الطاعن الى طائفة السريان الأرثوذكس ، أن الزوجين متحدا الطائفة والملة ، وتطبق فى شأنهما شريعة الأقباط الأرثوذكس ، وهى لاتجيز الطلاق بالإرادة المنفردة ، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ٠ نقض ١٧/٥/١٩٧٢ س ٢٣ ص ٩٥٢ ٠

(٣) نقض ٢٥/١٠/١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٦٢٨ ٠

الرئيس الدينى للملة أو للطائفة التى يرغب الشخص فى الإنضمام إليها عليه أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمة كما أن له أن يبطل الإنضمام بعد قبوله ويعتبره كأن لم يكن إذا تبين عدم جديته ، وأن الشخص لم يستهدف من التغيير الا التحايل علىالقانون، بإعتبار أنه يندرج فى صميم السلطات الدينية الباقية=

حيث تقول محكمة النقض " أمام النزاع الذى أثاره الزوج إعتمـــادا على الشهادة المؤرخة فى ١٩ ديسمبر ١٩٥٤ والصادرة مـــن كنيســة الأقباط الكاثوليك بأنه انضم للكنيســة الكاثوليكيــة وأن ديانتــه قبطـــى كاثوليكى فهو محل نزاع غير جدى ذلك لمـــا ثبــت مــن الأوراق أن البطريركية القبطية الكاثوليكية قررت فى ٢٥ فــبراير ١٩٥٥ اعتبــار انضمام المدعى عليه للطائفة القبطية الكاثوليكية باطلا وكأن لم يكن من تاريخ انضمامه اليها ٠٠ ومن حيث أنه يخلص مما تقــدم أن المدعـــى عليه لم ينتقل الى المذهب الكاثوليكى فإن تغييرا فى مذهبه لم يحصـــل لأن انضمامه الى الكنيسة الكاثوليكية اعتبر كأن لم يكن أو بالتالى فـــإن الإختصاص ينعقد للمجلس الملى للأقباط الأرثوذكس[1] .

رابعا : تضع محكمة النقض تفرقة هامة بين إبطال الإنضمام لســـبب معاصر له وهو مايؤدى إلى زوال الإنضمام بأثر رجعى ، وبين الفصل

= للجهات الكنسية ، وكان بطلان الانضمام لايترتب عليه أن يصبح الشخص بلا مذهـــب أو ملة بل يعتبر باقيا على مذهبه القديم كأن تغييرا لم يحدث فيه ٠ نقـــض ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ص ٣٤٥ ٠

(١) إذ كان الطعن للمرة الثانية وكان الثابت أن المطعون عليــه انضـــم لطائفـــة الـــروم الأرثوذكس فى ١٩٧٣/١/١٣ وأوقع طلاقه على الطاعنة فى ١٩٧٣/١/٢١ وأقام دعـــواه بإثبات هذا الطلاق فى ١٩٧٣/١/٣١ وأنه يستشف من هذا التقارب بين التواريخ ظـــهور نية التحايل لديه الأمر الذى دفع رئاسة الجهة الدينية التى انضم اليها فـــى ١٩٧٣/٩/١٠ لإبطال انضمامه بأثر رجعى فى حدود السلطات الباقية لها فإنه يترتب على ذلك أن تغييرا فى طائفته لم يحصل ٠ طعن رقم ٧ سنة ٤٨ق ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ ٠

إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بإنضمام المطعون عليه الى طائفة السريان الأرثوذكس الى الشهادة المؤرخة ٠٠ ، ورتـــب علـــى ذلـــك أن الطاعنة والمطعون عليه مختلفا الملة مما يجيز التطليق بالإرادة المنفردة تطبيقـــا لأحكـــام الشريعة الإسلامية، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من حق الرئيس الدينى للملـــة أو الطائفة المنتمى اليها أن يتحقق قبل قبول طلب الانضمام من جديته وأن يستوثق مـــن صدوره عن نية سليمة كما أن له أن يبطل الانضمام بعد قبوله وإعتباره كأن لم يكـــن إذا تبين له عدم جديته ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لشـــهادة إلغـــاء الانضمـــام ــ المقدمة من الطاعنة الى محكمة الإستئناف ــ مع أنها تنطوى على دفاع جوهرى قد يكون من شأن تحقيقه تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قاصر التسبيب٠ طعن رقم ١٩ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ ٠

لسبب لاحق على الإنضمام ، بما يجعل الشخص بلا مذهب أو ملــــة • وعلى محكمة الموضوع أن تراقب الظروف التى حدت الجهة الدينيـــة إلى إبطال قرار الإنضمام ، أيا كان الوصف الذى تطلقه عليه ، بإعتبار ذلك مسألة تكييف قانونى ، لمعرفة ما إذا كان الأمــر يتعلــق بإبطــال القرار ، أو سحبه بعد صدوره صحيحا[1] •

خامسا : لاشك أن التشدد فى التغيير فى الديانة المسيحية يساعد كثـيرا على الحد من ظاهرة الغش نحو القانون أى يقلل من حـــالات التغيــير بقصد التحايل على القانون • لهذا كان إعتناق الإسلام هـــو الطريــق الأسهل أمــام من يريد مثل هذا التحايل ، خاصـــة إذا كــان الــهدف الحصول على الطلاق ، إلا أن قسوة أحكام الردة فى الإسلام يمكــن أن تقلل من حالات الدخول فى الإسلام من باب الغش أو التحايل •

سادسا : تدفعنا كل تلك التناقضات إلى التأكيد على أن توحيد قـــانون الأحوال الشخصية هو السبيل الأوحد للخروج مـــن هــذه المــهاترات القانونية ، خاصة وأن الأفراد يصلون إلى الحلول التى يبغون تطبيقـــها

---

(١) المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن للجهات الكنسية سلطة البحث فى دوافع وبواعـــث تغيير العقيدة لقبول الإنضمام إليها بداءة ، كما أن لها أيضا تتبع مدى سلامة الإنضمام بعد حصوله ، بمعنى أن لها أن تبطله وتعتبره كأن لم يكن متى استبان لها أن الشخص كـــان عند انضمامه سيئ النية ولم يستهدف من التغيير إلا التحايل على القانون شريطة أن يكون سبب الإبطال معاصرا لقرار الإنضمام وليس لاحقا عليه فينبسط الإلغـــاء عندئــذ بــأثر رجعى ، ويعتبر باقيا على مذهبه القديم وكأن تغييرا لم يحـــدث ، ولقــاضى الموضـــوع مراقبة الظروف التى حدت الجهة الدينية إلى إبطال قرار الإنضمام ــ أيا كان الوصـــف الذى تطلقه عليه ــ للتحقق من صدوره فى نطاق السلطات الكنسية الباقية لها ، وأنه يبنى على أساس سوء نية طالب الإنضمام عند تقديم طلبه وأن مرده إلى سبب مصاحب لقــرار الإنضمام ومعاصر له وليس مبعثه سلوك الشخص فى فترة لاحقة على إنتمائـــه ســليما ، بإعتبار ذلك مسألة تكييف تتعلق بتطبيق القانون على واقعة الدعوى •

يتعين التفرقة بين هذه الحالة ــ حالة ابطال قرار الانضمام ــ التى جزاؤها السحب أو الإلغاء أو البطلان جزاء الغش فى التغيير ، وبين إتمام الإنضمام عن عقيدة وعن نية ثـــم يتبين للجهة الدينية المنتمى إليها أن سلوك المنضم الشخصى غير قويم وأنه أقـــدم علـــى مايخالف تعاليم الطائفة فإنها توقع عليه جزاء الفصل من الكنيسة ولايعود المفصول إلـــى ملته القديمة بل يعتبر بلا مذهب أو ملة • نقض ١٩٧٨/١٠/٢٥ س ٢٩ ص ١٦٢٨ •

وتتفق مع مصالحهم عن طريق تغيير عقائدهم ، تلك العقائد التى لاتمس صميم أحاسيسهم بقدر تأثرهم بمشاكل الواقع الذى يحيون فيه ، مما نجد فى النهاية وحدة الحلول القضائية المعطاة لأنـها استجابة لمعطيات المجتمع الاقتصادية والإجتماعية التى لاتختلف بحسب الديانة .

المطلب الخامس
المانع من تطبيق الشريعة الطائفية

بالرغم من توافر شروط إعمال الشريعة الطائفية ، الإ أن القاضى يمتنع عن تطبيقها إذا تبين له أن الحكم المراد تطبيقه على النزاع المعروض أمامه يخالف النظام العام فى مصر . فمخالفة أحكام الشريعة الخاصة للنظام العام يعد مانعاً من انطباقها .

الحكمة من المانع :

تأثر المشرع بما هو مستقر فى القانون الدولى الخاص من أنه لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب . فالقاضى الوطنى يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى على النزاع (المحتوى على عنصر أجنبى أو أكثر) إذا تبين له أن الحكم المراد تطبيقه يخالف النظام العام والآداب المصرى .

وضع المشرع هذا القيد حتى لايجبر القاضى على تطبيق قاعدة قانونية أجنبية تتعارض مع الأسس السياسية والإجتماعية العليا فى المجتمع وتمس الشعور العام فيه[1] .

---

(١) على القاضى أن يطبق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد ، سواء كان مصدره التشريع أم غيره من المصادر . ولكن تطبيق القانون الأجنبى ـ شرطه ألا تتعارض أحكامه مع الأسس الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية أو الخلقية فى الدولة .

مفاد نص المادة ٢٨ من القانون المدنى ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ هى نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى متى كانت أحكامه متعارضة مع الأسس =

هذا القول يبدو طبيعيا بالنسبة للقانون الأجنبى الذى يأتى من دولة أخرى قد تختلف الأسس والمبادئ السائدة فيها عن تلك القائمة فى المجتمع الوطنى[1] . ولكن ذلك يبدو غريبا إذا كان الأمر متعلقا بقوانين محلية داخل نفس الدولة . فالشرائع الطائفية التى يمتنع تطبيقها إذا تعارضت مع النظام العام هى جزء من النظام القانونى المصرى.

إلا أن المشرع قد توقع مكنة وجود التعارض بين الشرائع غير الإسلامية والنظام العام لأن هذه الشرائع ليست من وضع المشرع المصرى على نحو يضمن التنسيق بينها وبين باقى أجزاء النظام القانونى فى مصر .

فهذا التعارض محتمل نظرا لكثرة الشرائع الطائفية وتعدد قواعدها ، هذا بالإضافة إلى تنوع مصادرها ، فكثيرا من تلك الأحكام ليس

= الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع ، ومن ثم فإن زواج مورث الطاعنين من المطعون عليها وهى إبنة خالته وأحقيتها فى أن ترث فى تركته ليس فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر ، بل تجيزه القوانين السارية فى البلاد . نقض ١٩٧٢/٤/١٢ س ٢٣ ص ٦٨٩ .

(١) تطبيق القانون الأجنبى ـ شرطه ـ عدم مخالفته للنظام العام أو للآداب فى مصر ـ أحكام المواريث المستندة إلى نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية ـ إعتبارها من النظام العام فى حق المسلمين فى مصر .

وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر ، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الأرث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والإجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لايسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين ـ إذا كان ذلك ، وكان الثابت فى الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون ، فإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى على واقعة الدعوى لايكون قد خالف القانون . نقض ١٩٦٤/٥/٢٧ س ١٥ ص ٧٢٧ .

مصدرها الكتب المقدسة بل من قواعد وقرارات وضعت فى بلاد أجنبية لها طابعها وتقاليدها الخاصة • مثال ذلـــك أحكـــام الإرادة الرســـولية الخاصة بالكاثوليك والتى وضعت بواسطة البابا فى روما •

فالمشرع قصد من هذا المانع الإحتياط للمفاجآت التى قد تحدث مـــن تطبيق الشرائع غير الإسلامية ، والعمل علـــى التنســـيق بيـــن أحكـــام الأحوال الشخصية المطبقة ، هذا بالإضافة إلى فتح الباب أمام تطبيـــق الشريعة الإسلامية (عند مخالفة الشريعة الطائفية للنظام العام) حتـــى يقلل من فرص تطبيق الشرائع المتعددة فى هذا الصدد •

(أ) مفهوم النظام العام :

تعد فكرة النظام العام من الأفكار المرنة المتغيرة التى يصعب وضع معيار ثابت لتحديدها ، ويزداد الأمور صعوبة إذا تعلق الأمر بميـــدان الأحوال الشخصية المرتبط بإعتبارات ذات حساسية دينية تتصل بكيـــان الشخص وأسرته • لذا كان هناك أكثر من اتجاه لتحديد مضمون تلـــك الفكرة •

الإتجاه الأول :

يضفى هذا الإتجاه على النظام العام مفهوما دينيا • ويتبلـــور هـــذا المفهوم فى أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها الدين الرسمى للدولة •

وهذا الإتجاه لايرى الربط الكامل بين النظام العام وأحكام الشـــريعة الإسلامية وإلا كان مؤدى ذلك استبعاد تطبيق الشرائع الطائفية فى جميع الحالات لمخالفتها للنظام العام المتمثـــل فـــى الشـــريعة الإســـلامية ، والاقتصار على تطبيق أحكام تلك الشريعة وهذا مايخالف صريح قصـــد المشرع •

ولكن هذا الإتجاه يرى أن النظام العام يرتبـــط بالأحكـــام القطعيـــة

المحددة على وجه الدوام والإستقرار فى الشـريعة الإسـلامية ، أى أن مضمون النظام العام الإسلامى يكون محددا وثابتا وليس مرنا ومتغـيرا كمضمون النظام العام العلمانى . " فالمقصود بالنظام العام هـو الفقـه العام الثابت فى الشريعة الإسلامية والـذى لايتغـير بتغـير الأحـوال والزمان والمكان ".

وعلى هذا فإن " مصر ودينها الرسمى الإسلام بنـص الدسـتور وغالب الأمة من المسلمين لايمكن أن يتفق مع النظام العام فيها إنتـهاك حرمة الدين والخروج على قواعده ومخالفة أحكامه الثابتة بدليل قطعـى وانعقد الإجماع عليها ولم يخالف فيها أحد من أئمة المسـلمين ، ومـن الأحكام الشرعية الثابتة بدليل قطعى : عدم زواج المسلمة بغير المسلم ، ومساواة الذكر بالأنثى فى الميراث ، وتقديـم العصبـات علـى ذوى الأرحام فى الميراث ".

وهذا الإتجاه الوجيه يتفق بحق مع الروح السائدة والشعور العام فـى البلاد ودستورها القائم ، إلا أنه يخالف مقصود المشرع من النظام العام فى مجال أعمال الشرائع الطائفية . لذا لايمكن أعمال هذا الإتجـاه إلا من خلال تقنينه رسميا بالنص عليه صراحة أو بتوحيد قواعد الأحـوال الشخصية .

فالنظام العام المصرى لايتمثل فى قواعد الشريعة الإسلامية أو فـى تلك الثابتة فيها ، لأنه توجد الكثير من قواعد القانون الوضعى المخالفـة لتلك الشريعة ، هذا بالإضافة إلى أن بعض أحكام تلك الشريعة لايحظى بالتطبيق فى الجماعة . أضف إلى ذلك أن هناك بعض الأحكام القطعية فى الشريعة الإسلامية التى لاتلزم غير المسلم مثل أحكام الطلاق .

الإتجاه الثانى :

ويرى هذا الإتجاه أضفاء الطابع العلمانى على مضمون النظـــام العام ، أى أن هذا المضمون يتجرد تماما من أى إعتبار دينى ، ومن ثم فهو لايستمد من الشريعة الإسلامية ولا من الشرائع الطائفية .

ففكرة النظام العام تعد فكرة نسبية تختلف بإختلاف الزمان والمكان لذا يترك أمر تقديرها للقاضى . والمعيار العام الذى يستهدى به فى هذا الشأن يتمثل فى مجموع المصالح الأساسية للجماعة أى مجموع الأسس والدعامات التى يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لايتصور بقـــاء هذا الكيان سليما دون إستقراره عليها . فقواعد النظام العام تتعلق بنظام المجتمع ومصالحه الأساسية السياسية والإجتماعية والاقتصادية ، فـــهى مصالح عامة تعلو مصالح الأفراد .

ويعيب هذا الإتجاه تجاهل مركز الشريعة الإسلامية فـــى المجتمـــع المصرى ، فهى المصدر الرئيسى للتشريع بنص الدستور ودين الدولـــة الرسمى ، وهى " قد تأصلت فى نفوس الغالبية العظمى مـــن الشـــعب وأصبحت وثيقة الصلة بالنظام القانونى والإجتماعى الذى اســـتقر فـــى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتـــداد بـــها أو تغليب شريعة طائفية عليها " .

الإتجاه الثالث :

يرى هذا الإتجاه أن الشريعة الإسلامية تدخل كعنصر من عنـــاصر تشكيل النظام العام المصرى وبصفة خاصة من وجهة النظر الإجتماعية تشكيل النظام العام المصرى وبصفة خاصة من وجهة النظر الإجتماعية ومسائل الأحوال الشخصية . ولكن هذه الشريعة لاتشمل كل مضمـــون النظام العام بل هى جزء منه فقط . فالنظـــام العـــام يتســـم بالطـــابع

الإسلامى بإعتباره أنه الدين الرسمى والمصدر الرئيسى للتشريع والمستقر فى ضمير الجماعة ونظامها الإجتماعى ·

ولكن دخول الشريعة الإسلامية كعنصر من عناصر النظام العام لايعنى إستبعاد أحكام الشرائع غير الإسلامية لمجرد أن أحكامها تختلف مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وإلا أدى ذلك إلى الاستبعاد التام للشرائع الطائفية · بل يلزم حتى يعتبر الحكم متعارضا مع النظام العام ويستبعد تطبيقه ، أن يكون متعارضا تعارضا جوهريا مع الأسس الأولية للجماعة · وهذه الأسس قد يكون مصدرها الشريعة الإسلامية وقد يكون مصدرها عوامل أخرى ذات طبيعة سياسية وإجتماعية واقتصادية· ففكرة النظام العام ــ بغض النظر عن العوامل التى تدخل فى تركيبها ــ تعتبر فكرة علمانية وليست دينية ، وذلك هو المبدأ العام فى القانون الوضعى المصرى ·

(ب) تطبيقات لتعارض الشريعة الطائفية مع النظام العام :

تلعب فكرة النظام العام ــ من الناحية العملية ــ دورا ضئيلا جداً كمانع لتطبيق الشرائع الطائفية ، لذلك فإن الأمثلة التى يوردها الفقه فى هذا الصدد يندر حدوثها وتمثل أهمية نظرية ، ومن هذه الأمثلة :

- الحكم الوارد فى الشريعة اليهودية وينص على أن تصبح زوجة الأخ المتوفى ، دون أن ينجب ، زوجة لأخيه بقوة القانون ، وبلا رضاء منها ، ودون عقد جديد ، هذا مالم يرفضها الأخ ·

عرض الأمر على القضاء فقضى بعدم تطبيق ذلك الحكم لتعارضه مع قاعدة من قواعد النظام العام وهى وجوب توافر الرضاء من الطرفين لإنعقاد كافة العقود ، وهو فى عقد الزواج الذى يجمع بين آدميين الزم ، لما لهذا العقد من عظيم الأثر والشأن ·

- تنص شريعة الأقباط الأرثوذكس على أنه " يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص أخر ، إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج ٠

لاشك أن هذا الحكم يتعارض مع النظام العام لأن الحرمان من الزواج يشكل اعتداءا على حرية أساسية من الحريات العامة أو حقا من الحقوق اللصيقة بالشخصية ٠

- لاتعرف الشريعة الكاثوليكية فكرة العدة ، أى ضرورة انتظار المرأة الأرملة أو المطلقة فترة زمنية معينة قبل أن يحق لها الزواج من شخص آخر وذلك للتأكد من براءة الرحم من الحمل ومنعا لإختلاط الأنساب ٠

ونظرا لأن فكرة العدة ترتبط بمصلحة أساسية للجماعة (منع اختلاط الأنساب) فهى تتعلق بالنظام العام ، لذا يجب على القاضى تطبيق حكم الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد ٠

- هناك بعض النصوص التى تقرر طلاق المسيحية التى يسلم زوجها، لاشك أن هذا الحكم يتعارض مع النظام العام لأنه ينطوى على المساس بحقوق الزوج فى تغيير عقيدته وفى الزواج من كتابية وأن كان فى هذا المثال فكرة النظام العام لن تثور لمنع تطبيق الشريعة الطائفية (التى تقضى بالطلاق) لأننا سنطبق أحكام الشريعة الإسلامية بسبب اعتناق الزوج لها ، وأحكام الشريعة لا تقضى بالطلاق لهذا السبب ٠

وهذان المثالات الأخيران يعدان تطبيقا للحالات التى يتسم فيها النظام العام بطابع إسلامى ، فالشريعة الإسلامية تكمن ولاشك وراء الاساس الذى يقوم عليه النظام فى الحالتين ، سواء فيما يتعلق بضرورة مراعاة العدة أو بحق الزوج المسلم فى الزواج من كتابية ٠

(ج) سلطة القاضى فى تقدير النظام العام :

ويتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى تحديد مضمون النظام العام الذى يتسم بالنسبية والتغير من مجتمع إلى آخر ومن زمان إلى زمان •

وتقدير القاضى لفكرة النظام العام يكون موضوعيا وليس شخصيا ، أى أنه لايحل آرائه الخاصة فى العدل الإجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب ، فالواجب يقتضيه أن يذهب مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ، لامذهبا فرديا خاصا •

ويخضع القاضى فى تقديره لرقابة محكمة النقض لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية مقتضاها بحث التناقض بين حكم الشريعة الطائفية والأسس التى تقوم عليها الجماعة ، هذا بالإضافة إلى أن وظيفة محكمة النقض فى العمل على توحيد تفسير وتطبيق القانون تقتضى تفادى تعدد التفسيرات المعطاه لفكرة النظام العام •

وتؤكد محكمة النقض المعانى السابقة بقولها " أنه وأن خلا التقنين المدنى والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التى ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد ، سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد ، وتقوم فكرته على أساس مذهب علمانى بحت يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ولايجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية وأن كان هذا لاينفى أحيانا قيامه على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانونى والإجتماعى المستقر فى ضمير الجماعة ، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتداد به ، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه

القواعـد الى المواطنين جميعا من مسلمين وغير مسـلمين بصـرف النظر عن ديانتهم ، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعـض قواعده مقصورة على المسيحين وينفرد المسلمون ببعضها الآخـر ، إذ لايتصور أن يكون معيار النظام العام شخصيا أو طائفيا وإنمـا يتسـم تقديره بالموضوعية متفقا وماتدين به الجماعة فى الأغلب والأعم مـن أفرادها ، وبهذه المثابة فلا يمكن اعتبار مبدأ عدم تعدد الزوجات مـن النظام العام بالمعنى السابق تجليته أخذا بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها " ٠

الخلاصـة :

أنه لايكفى الاتحاد فى الملة والطائفة ، بين أفراد طائفة كانت تتمتـع بوجود جهة قضائية منظمة قبل القانون الحالى ، فى مسألة غير موحـدة من مسائل الأحوال الشخصية (الزواج ومايتعلق بـه) حتـى يطبـق القاضى حكم الشريعة الطائفية ، بل يلزم أن لايكون هذا الحكم مخالفـا للنظام العام المصرى ٠

فإذا تبين للقاضى أن الحكم المراد أعماله يخـالف النظـام العـام استبعده وطبق الحكم الوارد فى الشريعة الإسـلامية صاحبـة الولايـة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية ٠

المبحث الرابع
الولاية العامة للشريعة الإسلامية
فى الأحوال الشخصية

يجعل المشرع من ولاية الشريعة الإسلامية الأصل فى مسائل الأحوال الشخصية ، ويجعل من ولاية الشرائع الدينية الأخرى إستثناءاً على هذا الأصل • أى أن الشريعة الإسلامية تتمتع بولاية عامة فى هذا المجال ، أما الشرائع الطائفية الأخرى فتتمتع بولاية خاصة •

وقبل أن نتعرف على هذه الولاية نعرض فى البداية لدور الدين بصفة عامة ثم لدور الشريعة الإسلامية خاصة فى النظام القانونى المصرى •

المطلب الأول
الشريعة الإسلامية فى النظام القانونى المصرى

(أ) الدين كمصدر للقانون :

اتسم النظام القانونى المصرى ــ منذ الفتح الإسلامى حتى صدور التقنينات الأهلية والمختلطة فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ــ بالطابع الدينى البحت ، فقد سادت الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى أصلى عام ، أى صاحبة الولاية بالنسبة إلى كل المسائل والى كل الأشخاص بغض النظر عن ديانتهم •

وكان معترفاً للشرائع الدينية الأخرى ــ بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين ــ بولاية محدودة فى بعض مسائل

الأحوال الشخصية ، أى أن غير المسلمين كانت تطبق عليهم شـرائعهم فى بعض تلك المسائل ٠

إلا أنه بصدور التقنينات المصرية الأولى ومن بعدها التقنين المدنى الحالى ، أحتل التشريع المكانة الأولى من بين المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، ولكن الشريعة الإسلامية لازالت مصدر مادى أو موضوعـى للتشريع من جهة ، ومصدر رسمى احتياطى من جهة أخـرى ، ولازال الدين عموما المصدر الرسمى الأصلى الخاص فـى بعـض مسـائل الأحوال الشخصية ٠

(ب) الدين كمصدر رسمى أصلى خاص :

يلجأ القاضى إلى الدين كمصدر رسمى أصلى وليس علـى سـبيل الإحتياط فى بعض مسائل الأحوال الشخصية ، أى أنه فى تلك المسـائل إذا عرض نزاع على القاضى فإنه يطبـق مباشـرة أحكـام الشـريعة الإسلامية أو شريعة غير المسلمين إذا توافرت شروط تطبيقها ٠

والرجوع إلى الدين هنا بصورة مباشرة لايكون إلا فى نطاق محدود ألا وهو بعض مسائل الأحوال الشخصية التى لم توحد بعد بقوانين عامة تسرى على كافة المصريين بغض النظر عن ديانتهم ، وتنحصر تقريبـا فى مسائل الزواج ومايتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق ٠

أما فى مسائل الأحوال الشخصية التى تم توحيدهـا بقوانيـن فـإن المصدر الرسمى فيها هو التشريع ، والشريعة الإسـلامية وإن كـانت المصدر المادى الذى اشتقت منه تلك القوانين ، فهى تظـل المصـدر الموضوعى أو التاريخى الـذى يرجع إليه لفـهم وتفسـير القوانيـن المذكورة ٠

فكقاعدة عامة تطبق شريعة المسلمين على المتخاصمين إذا اتحدا فى

الديانة والطائفة والملة ، وكان النزاع متصلا بالزواج ومايرتبط بــــه ، وتطبق الشريعة الإسلامية على المسلمين وعلـــى غـير المســلمين إذا تخلفت شروط تطبيق شريعتهم ٠

(ج) الشريعة الإسلامية كمصدر موضوعى :

كانت الشريعة الإسلامية من المصادر المادية الهامة التى اشتق منها المشرع المصرى الكثير من القواعد القانونية ، فقد كانت الينبوع الــذى استقى منه كثيرا من الأحكام فى مسائل الأحوال العينية كبعض أحكــام الشفعة ومضار الجوار غير المألوفة والتعسف فى إستعمال الحق.وهــى أيضا المصدر الرئيسى الذى أخذ عنه المشرع القوانين الموحدة والتــى تسرى على كل المصريين بكافة دياناتهم فى بعض مســائل الأحــوال الشخصية كحالة الأشخاص وأهليتهم والمـــيراث والوصيـــة والوقــف والولاية ٠

أى أن الشريعة الإسلامية تطبق بطريقة غير مباشــرة ، كمصــدر مادى أو تاريخى اشتقت منه كثير من التشريعات ، فهنا يكون مصــدر القاعدة القانونية الرسمى أو المباشرهو التشريع لا الشريعة الإسلامية٠

وازدادت أهمية الشريعة الإسلامية بعد التعديل الدستورى الحديــث الذى نص على إعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع ، فالدستور هنا يلزم المشرع بأن يلجأ الى الشريعة الإسلامية أولا كمصدر موضوعى يستقى منه القاعدة القانونية ، فإن لم يجد حلا يمكنه أن يلجــأ لمصــدر آخـر بشرط ألا يتعارض ذلك مع روح الإسلام ومقاصده ٠

(د) الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى احتياطى :

تطبق الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى احتياطى ، علـــى كافــة المصريين بغض النظر عن ديانتهم ، فهى مصدر رسمى تكميلى يلجــأ

إليه القاضى إذا لم يجد حلاً للنزاع المعروض عليه فى التشريع أو العرف ، فهى تأتى فى المرتبة الثالثة بعد هذين المصدرين ٠إذ تنص المادة الأولى من القانون المدنى على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " ٠

هنا تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً بمعنى أن القاضى يلجأ إليها مباشرة ليطبق حكمها فى النزاع المعروض عليه ، أما فى الفرض السابق فتكون الشريعة مصدراً مادياً وموضوعياً أى لاتطبق مباشرة بل بعد اعتماد المشرع لها وذلك عن طريق صياغتها فى قاعدة قانونية معينة ٠

ونذكر بأن الصياغة الجديدة فى الدستور بإعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع لا يغير من الأحكام السابقة ، اللهم إلا على المستوى التشريعى أى أن المشرع عند صياغته للتشريع يجب أن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى الذى يستقى منه احكامه ، أى أنها تظل كمصدر مادى أو موضوعى للتشريع ٠

ولكن رجوع القاضى الى الشريعة الإسلامية لايكون إلا على سبيل الاحتياط بمعنى أنه أن لم يجد نصاً فى التشريع للنزاع المعروض أمامه فإنه يبحث فى العرف فإن لم يجد كذلك فإنه يطبق حكم الشريعة الإسلامية فهى مصدر رسمى احتياطى ٠

وهى هنا تتصف بالعمومية بمعنى أن القاضى يلجأ إليها فى كل المسائل : الأحوال العينية والأحوال الشخصية ، وبغض النظر عن ديانة المتقاضين ٠ فالشريعة الإسلامية هنا تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً عاماً ولاشك أن فروض تطبيقها فى هذه الصورة تعد ضئيلة ٠

(هـ) الشريعة الإسلامية فى مجال الأحوال الشخصية :

رأينا أن الشريعة الإسلامية تعد المصدر المادى الذى استقى منه المشرع القوانين التى وحد بها بعض مسائل الأحوال الشخصية أى أن التشريعات الخاصة بالمواريث والوصايا والأهلية وغيرها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وتطبق على كافة المصريين أياً كانت ديانتهم .

وتظل تلك الشريعة بمثابة المصدر الموضوعى أو التاريخى الذى يرجع إليه لفهم وتفسير التشريعات المذكورة . حيث تعتبر من قبيل المصدر التكميلى أو التفسيرى الذى يرجع اليه عند انعدام النص أو غموضه .

وتعد الشريعة الإسلامية مصدر رسمى أصلى خاص فى مسائل الأحوال الشخصية التى لم توحد بعد (مسائل الزواج) ، ويكون تطبيقها هنا كمصدر رسمى يلجأ إليه القاضى مباشرة وبداءة إذا ماعرض عليه نزاع خاص بالمسلمين ، فهى تعتبر بمثابة مصدر كامل وشامل فى هذه الحالة .

(و) تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين :

تطبق الشريعة الإسلامية مباشرة أى كمصدر رسمى أصلى خاص على غير المسلمين فى المسائل التى لم توحد فى نطاق الأحوال الشخصية فى فرضين :

١ - إذا كان أطراف النزاع غير تابعين لديانة سماوية ، كما إذا كانوا ملحدين ، أى لاديانة لهم ، وكذلك إذا كانوا يؤمنون بدين غير سماوى كالبوذية أو الماجوسية ، فالقانون المصرى يعتد بالمسيحية واليهودية فقط كديانتين سماويتين غير الإسلام .فالشريعة الإسلامية تطبق فى

الحالة بإعتبارها الشريعة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية •

٢ - تثبت الولاية للشريعة الإسلامية كذلك إذا كان أطراف النزاع ينتمون الى ديانة سماوية ولكن شريعتهم لاتطبق بسبب تخلف شرط أو أكثر من شروط تطبيقها •

فالمشرع يسمح بتطبيق شرائع غير المسلمين (المسيحية واليهودية) على بعض منازعات الأحوال الشخصية (الزواج) بشروط معينة هى اتحادهم فى الملة والطائفة ، أن يكون للطائفة التى ينتمون إليها مجلس ملى منظم قبل صدور القانون الحالى ، ألا يخالف حكم الطائفة المراد تطبيقه النظام العام المصرى • فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق •

إلا أن تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين يثير مشكلتين : الأولى تتعلق بتحديد المقصود بقواعد الشريعة الإسلامية التى تطبق فى هذه الحالة ، الثانية مدى تطبيق هذه الشريعة وهل هناك قيود ترد على هذا التطبيق ، وهذا مانعرض له فى المبحث التالي •

المطلب الثانى
ضوابط تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين

يثير تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين موضوعين . الأول يتعلق بتحديد مضمون القواعد الواجبة التطبيق من هذه الشريعة ، الثانى يرتبط بالقيود الواردة على هذا التطبيق •

الفرع الأول
طبيعة القواعد الواجبة التطبيق من الشريعة الإسلامية على غير المسلمين

تعرف الشريعة الإسلامية نوعين من القواعد : قواعد موضوعية تحكم العلاقات بين المسلمين ، قواعد خاصة بأهل الذمة وهى فى حقيقة الأمر قواعد إحالة أو إسناد تتمثل فى ترك غير المسلمين لدينهم أى تركهم لحكم شريعتهم ٠

بعبارة أخرى إذا ثار نزاع يتعلق بالأسرة بين غير المسلمين وكانت الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق لإختلاف الملة بين أطراف النزاع مثلاً ، فهل يفصل القاضى فى هذا النزاع بنفس الطريقة التى يفصل بها بين المسلمين ، أى هل يكون الحكم واحداً فى الحالتين ؟

ذهب اتجاه فى القضاء أيده بعض الفقه إلى وجوب تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بأهل الذمة والتى تقضى فى جملتها بتركهم وما يدينون به فى مسائل الأحوال الشخصية ٠

أى أن المقصود بالشريعة الإسلامية الأحكام الخاصة بالذميين فى المذهب الحنفى ، فيجب إعمال هذه الأحكام دون غيرها وإعمالها بروح تساير التطور الإجتماعى وتتفق ومقتضيات العصر الحاضر ٠ فالإمام أبو حنيفة يقر غير المسلمين على جميع الأنكحة وإن كانت فاسدة بين المسلمين متى كانت صحيحة جائزة فى ذمتهم ٠ ويرى ترتيباً على ذلك ألا يتدخل القاضى من تلقاء نفسه ليفرق بين الزوجين ولا يتدخل لمجرد مرافعة أحد الزوجين دون الآخر ، فالشريعة بهذا لم تفرق فى الأحكام الخاصة بزواج الذميين وطلاقهم بين ما إذا كانوا متحدين ديانة ومذهباً أم لا ، ولم ترتب على اختلافهم فى المذهب أو الديانة نتيجة ما ٠٠

ويعد ذلك من قبيل التسامح الدينى الذى اتسمت به الشريعة الإسلامية حيث تترك الذميين وما يدينون به لأنهم غير مخاطبين بأحكام الشريعة •

ويضيف أصحاب هذا الرأى بأن ذلك لايتأثر برأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية القائل بأن لجوء الذميين إلى القضاء الإسلامى يعنى قبولهم لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فهذا أمر كان له مايبرره قبل توحيد جهات القضاء ، أما الآن فالخيار غير قائم ولايمكن افتراض توافر الرضاء •

ويقرر أصحاب هذا الرأى أخيراً أن المشرع المصرى قد اعتنق مبدأ ترك الذميين ومايدينون به فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تقرر بأنه " لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ".(١)

ولكن الرأى الراجح يرى تطبيق القواعد الموضوعية فى الشريعة الإسلامية لأن هذا هو منطق صريح النص • فالمشرع اشترط لتطبيق الشريعة غير الإسلامية توافر ثلاثة شروط فإذا تخلفت فإن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق ، ولايعقل أن نطبق من هذه الشريعة القواعد التى تحيلنا من جديد إلى شريعة غير المسلمين التى لم تتوافر شروط تطبيقها • وندور فى حلقة مفرغة • إذ لو أراد المشرع تطبيق الشريعة الطائفية لنص على ذلك مباشرة دون المرور بقواعد الإحالة فى الشريعة الإسلامية •

---

(١) وقد حلت محلها المادة ٣/١٧ من القانون ١/٢٠٠٠ بنصها على أنه لا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه. أنظر فى ذلك الخطأ فى الصياغة الفرع التالى.

وعلى أية حال فهذا ماجرى عليه العمل قبل إلغاء جهات القضاء الدينى ، فإذا لم يكن المتخاصمان ينتميان إلى نفس الطائفة كان القضاء الشرعى هو المختص ويطبق عليهم مبادئ الشريعة الإسلامية الموضوعية.

وإذا قلنا بتطبيق أحكام الإحالة فى الشريعة الإسلامية ، وهى قواعد تحيل إلى تطبيق شريعة غير المسلمين ، فما هو العمل إذا كانت القواعد الواردة بتلك الشريعة تخالف النظام العام ؟ أى أننا سنكون بصدد فراغ تشريعى لعدم وجود قانون يحكم النزاع .

وهذا هو المعمول به فى القانون الدولى الخاص ، فعندما تحيل قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبى فإن الإحالة تتصرف إلى قواعده الموضوعية وليس إلى قواعد الإسناد فيه .

إذن فالمقصود بالشريعة الإسلامية التى تطبق هى القواعد الموضوعية، وهى تلك النصوص التى قننها المشرع فى بعض مسائل الأحوال الشخصية مستمدا أحكامها من الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد القاضى نصا يحكم النزاع المعروض عليه فإنه يفصل فيه طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة.[1]

---

[1] المادة الثالثة من القانون ٢٠٠٠/١. التى حلت محل المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. مسائل الأحوال الشخصية لا تحكمها قواعد القانون المدنى. بل يتعين تطبيق ما ورد بشأنها من قوانين خاصة ويطبق فيما عدا ذلك الراجح من مذهب أبى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. طعن ٦س ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/٣/١٠.

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض حيث قررت " أن الشريعة الإسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة.[(١)]

الفرع الثانى
تقييد تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين

(أ) مضمون القيد الوارد على تطبيق الشريعة الإسلامية :

أورد المشرع تحفظاً على تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين مؤداه أنه " لاطلاق بين من لا يدينان بوقوعه " . فقد قرر بأنه " لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق[(٢)] .

وتعبر المذكرة الإيضاحية عن الحكمة من هذا النص بقولها " كانت المحاكم الشرعية تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر ، وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لاتدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة

---

(١) المقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم ــ دون أحكام الشريعة الخاصة ــ هى الواجبة التطبيق ، لأنه من غير المتصور أن يكون تطبيق الشريعة العامة يقصد به تطبيق قواعد الإسناد التى تقضى بترك غير المسلمين وما يدينون فى تنظيم أحوالهم الشخصية وتكون الإحالة إلى الشريعة الإسلامية من البداية لغوا ينبغى أن ينزه عنه الشارع . نقض ١٩٧٩/١/١٧ س ٣٠ ص ٢٧٦ .

وتطبيقاً لذلك قضت بأنه " إذا كان الثابت أن المطعون عليه انضم إلى طائفة الإنجيليين من قبل رفع الدعوى وبذلك أصبح وزوجته الطاعنة مختلفى الطائفة فإن الحكم يكون قد إلتزم صحيح القانون بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التى تجيز إيقاع الطلاق بالإرادة = = المنفردة .." وقررت المحكمة فى نفس الحكم " ... تصدر الأحكام طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة.. " . نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦٠٦ .

(٢) المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ــ التى لم تلغ بصدور القانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ .

الزواج من آخر طبقاً للتقاليد المتبعة فى ملتها ، فتبقى معلقة لاتـــتزوج (لأن الكنيسة تعتبر الزواج قائم وترفض بالتالى عقد زواج جديـــد لأى من الزوجين على شخص آخر) • وقد تحرم من النفقة فلا تجد مــــن ينفق عليها ، رأى المشرع معالجة هذه الحالـــة عمـــلاً بمبـدأ جـواز تخصيص القضاء ،بالنص على عدم سماع دعوى الطـــلاق مــن أحــد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقـــوع الطلاق " •

صدر القانون ٢٠٠٠/١ وألغى لائحة ترتيب المحاكم الشـــرعية التى كانت تتضمن الحكم المذكور (المادة ٩٩). ونصت المـــادة ٣/١٧ من القانون الجديد على أنه "لا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه".

لا شك أننا أمام خطأ تشريعى واضح لأن الصياغة المذكـورة لا فائدة منها حيث نواجه فرض إتحاد الزوجين فى الطائفة والملة، وهـــو ليس فى حاجة إلى نص خاص لأنه سيتم تطبيق شريعة الزوجين، ومـن ثم لن تقبل دعوى الطلاق إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه طبقاً للقواعـــد العامة، وعلى ذلك فإن النص يبدو عديم الفائدة. وهو أمر لا خلاف عليه ولا يثير أدنى جدل.

وعلى ذلك فإن صياغة النص جاءت منحرفـــة عـــن المعنـــى المقصود الواضح من مشروع القانون حيث كانت تقضى المـادة ٢/٢٣ بأنه لا تقبل دعوى التطليق بين غير المسلمين إلا إذا كانت شـــريعتهما تجيز الطلاق.

وهذا هو الحكم الصحيح الذى نهيب بالمشرع التدخـــل والنـــص عليه ليوافق حكم المادة ٩٩ الملغاة وما أستقر عليه القضاء، حيث تـأمل أن يسير فى نفس الاتجاه.

(ب) الخلاف حول تطبيق القيد :

انقسم الرأى حول إعمال القيد فى حالة تطبيق الشريعة الإسـلامية على غير المسلمين ٠

ذهب إتجاه إلى القول بأنه فى حالة تطبيق الشريعة الإسلامية علـى نزاع بين غير المسلمين فإنه ينبغى تطبيقها بصفة مطلقة دون أن يتقيـد القاضى بذلك القيد ٠

وذلك لأنه " إذا إنتهت المحكمـة الـى تطبيـق أحكـام الشـريعة الإسلامية، لا أحكام شريعة الطرفين (لتخلف شرط من الشروط الثلاثة) فإنه لايلتفت بعد ذلك الى شريعة المدعى عليها ومـا إذا كـانت تبيـح الطلاق ، وإلا فإن القول بغير ذلك معناه أن المحكمة فى الوقت الـذى ترى فيه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تطرح جانبـا تلـك الأحكـام لتفسح الطريق لتطبيق شريعة أحد الطرفين ، وهذا تعـارض واضـح لايمكـن الأخذ بـه "٠

ويضيف أصحاب هذا الرأى أنه لاحاجة لوجود هـذا القيـد الآن ، فالمحاكم قد تم توحيدها والحكم الصادر من المحكمة بالطلاق يعتبر نافذا ويستطيع أى من الزوجين عقد زواج جديد بصورة مدنية أمام الموثـق دون مراعاة الطقوس الدينية ٠ إذ " أصبح الاختصاص كله بيد المحـاكم الوطنية ذات الإختصاص العام ، فإنها هى التى تحكـم بـالطلاق ، إذا رأت وجها لذلك " ، ولن تعد مثل هذه الزوجة مرتبطة بأى زوج ، ممـا ينتفى معه الحرج والمشقة التى تكلمت عنها المذكرة الإيضاحية وقت أن كان يلجأ للمحاكم الشرعية بعض غير المسلمين للحصول على أحكـام بالطلاق وقد لايمكنهم الحصول عليها من جهتهم الملية " ٠

ويتميز هذا الرأى بأنه يؤدى إلى التوسع فى توحيد قواعد الأحـوال

الشخصية بالنسبة لجميع المصريين من خلال التوسع فى أعمال أحكام الشريعة الإسلامية ، وتحقيق المساواة بين غير المسلمين الذين تنطبق عليهم أحكام تلك الشريعة .

إلا أنه بالرغم من وجاهة الحجج السابقة إلا أن هذا الرأى أعرضت عنه غالبية المحاكم لأن النص لازال قائما ويجب إعمال القيد الوارد به، فالقاضى لايستطيع تجاهل نص من نصوص القانون حتى ولو كان هذا النص معيبا ولايتفق مع وحدة التشريع ، وجدير بالمشرع التدخل لألغائه.

لهذا استقر قضاء النقض على ضرورة إعمال المادة ٩٩ وعلى القاضى أن يتقيد بهذا النص لأنه لازال قائما وعلى ذلك فإن دعوى الطلاق لاتسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين[١] .

فإذا قام نزاع بين زوجين من الكاثوليك أحدهما من الطائفة الأرمنية والآخر من السريانية ، فإنه نظرا لإختلاف الطائفة تطبق عليهما أحكام الشريعة الإسلامية ولكن لايمكن أن تسمع دعوى الطلاق التى يرفعها أحدهما على الآخر لأن الديانة الكاثوليكية لا تبيح الطلاق بل الإنفصال الجسمانى[٢] .

---

(١) نقض ١٩٧٠/١/١٤ س ٢١ ص ٩٦ .

(٢) أن الشارع قصد التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق فأجاز سماع الدعوى به بالنسبة لها دون تلك التى لاتدين بالطلاق فمنع سماع دعوى الطلاق بينهما دفعا للحرج والمشقة ، لما كان ذلك وكان المذهب الوحيد الذى لايجيز التطليق فى المسيحية هو المذهب الكاثوليكى على اختلاف الملة . وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها من طائفة الأقباط الكاثوليك ، فإن قضاءه بعدم سماع الدعوى يكون قد صادف صحيح القانون ، ولاعليه أن هو التفت ــ بعد ذلك ــ عن الشهادة المقدمة من الطاعن بإنضمامه الى مذهب الأرثوذكس ، ويكون النعى بأسباب الطعن على غير أساس.طعن رقم٣٨السنة٥٨ ق(أحوال شخصية)جلسة ١٩٩١/٣/٢٦. الطعن ٢٨٠س ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦.

(ج) نطاق تطبيق القيد :

رسم القضاء لتطبيق هذا القيد المعالم الآتية :

أولا : لا يطبق النص إلا على مذهب واحد من بين غير المسلمين وهو المذهب الكاثوليكى بطوائفه المختلفة ، فالكاثوليك لايعرفون التطليق بل يعرفون الإنفصال الجسمانى فقط ، فدعوى الطلاق لاتسمع إذا كان أحد أطراف العلاقة الزوجية كاثوليكيا ، ايا كانت طائفته[١] ٠

فاليهود لاينطبق عليهم النص لأنهم يعرفون الطلاق حتى بالإرادة المنفردة للزوج ، ونفس الشئ بالنسبة لبقية المذاهب المسيحية فهى تعرف الطلاق ، بالتأكيد لأسباب وفى حالات معينة تختلف عن الشريعة الإسلامية ، إلا أن المبدأ قائم ولو تم الطلاق فى صورة مختلفة ، وهذا يكفى لإنطباق أحكام الطلاق فى الشريعة الإسلامية عليهم إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم ٠

وإذا كان أحد الزوجين من البروتستانت والآخر من الأرثوذكس فإن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق (لإختلاف الملة) ويستطيع الزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية لأن شريعة الزوجين تجيز مبدأ الطلاق ولو لأسباب وبشروط مختلفة ٠

وهذا ماعبرت عنه محكمة النقض صراحة بقولها " يبين نص المادة ٩٩ أن المشرع قد قصد التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق فأجاز سماع دعوى الطلاق بالنسبة لهم وبين الطوائف التى لاتدين بالطلاق

---

(١) وان كان المذهب الكاثوليكى لايدين بالطلاق وهو يسرى على افراد طوائف الكاثوليك الشرقيين مهما اختلفت مللهم ، إلا أن هذا لاينفى أن لكل ملة شعائرها الخاصة التى تمارسها فى كنيستها بلغة البلد الذى نشأت أو انتشرت فيه ، فإن ماورد بوثيقة المجمع الفاتيكانى التى تقدم بها الطاعن والتى تفيد احتفاظ الشرقيين الذين يعتنقون الكثلكة بطقوس الطائفة الأولى التى كانوا ينتمون إليها ، إنما تنصرف إلى هذا المعنى وحده ولا أثر لها فى الدينونة بوقوع الطلاق ٠ نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٥٨ ٠

وهم الكاثوليك فمنع دعوى الطلاق بينهم دفعا للحرج والمشقة ولما كان الثابت أن الطرفين مختلفا الملة والطائفة ولاينتمى أحدهما إلى طائفة الكاثوليك وكان الحكم المطعون فيه رغم ذلك قد قضى بعدم سماع الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون مما يتعين نقضه[١] .

وتضيف نفس المحكمة بأنه لايمكن التحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على إختلاف مذاهبه لايعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ذلك أن المقصود من المادة المشار إليها (٩٩) أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم من القاضى إذ أن الملة الوحيدة التى لاتجيز الطلاق هى ملة الكاثوليك[٢] .

ثانيا: يتضح من نص المادة أنه يشترط لسماع دعوى الطلاق انتماء الزوجين لشريعة تسمح بالطلاق ، فإذا كانت ديانة أحدهما لاتسمح بذلك فإن الدعوى لاتقبل ، وعلى هذا فإنه يكفى أن يكون أحد الزوجين كاثوليكا حتى ترفض دعوى الطلاق[٣] .

---

(١) نقض ١٩٦٢/٢/٦ س ١٤ ص ٢٢٣ .

(٢)أن المشرع قصد تطبيق احكام الشريعة الإسلامية فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا ما اختلفا طائفة أو ملة وان دعوى الطلاق لاتسمع من أحدهما على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ــ أى يكون الطلاق مشروعا فى حالة كل من الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى ــ لما كان ذلك وكان المذهب الكاثوليكى على إختلاف ملله لايدين بوقوع الطلاق فإن استخلاص الحكم المطعون فيه أن الشهادة المقدمة من الطاعن لاتفيد انضمامه الى طائفة الكاثوليك وهى لاتدين بوقوع الطلاق ــ أيا كان وجه الرأى فيه ــ يكون غير منتج . طعن رقم ٧١ لسنة ٥٩ ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩٨٩/١٢/١٩ .

(٣) وكان يبين مما أورده الحكم ــ المطعون فيه ــ أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية استخلصت أن المطعون عليها انضمت الى طائفة اللاتين الكاثوليك من قبل رفع الدعوى ومن قبل ايقاع الطاعن ــ الزوج ــ طلاقها بإرادته المنفردة واستندت الى أدلة سائغة لامخالفة فيها للثابت فى الأوراق ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه ــ الذى قضى بعدم سماع دعوى الطلاق ــ يكون على غير أساس . نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص١٧٥٨ .

إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المحكمة استخلصت من أوراق الدعوى فى حدود سلطتها الموضوعية أن الزوجة المطعون عليها كاثوليكية المذهب =

ثالثا : قررت محكمة النقض صراحة أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الملة والطائفة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط، لا لسبب الطلاق المدعى به[1] • فيكفى أن تكون الديانة أو الملة التى ينتمى اليها الشخص تؤمن بمبدأ الطلاق ولا يهم السبب أو الأحكام الخاصة به ، فالملة الوحيدة التى لاتقبل الطلاق هى الكاثوليكية • أما باقى الملل المسيحية وان لم تكن تعرف الطلاق بالإرادة المنفردة إلا أنه يطبق على افرادها إذا طبقت عليهم الشريعة الإسلامية بسبب تخلف شروط تطبيق شريعتهم ، لأن هذه الملل تؤمن بمبدأ الطلاق ولو لأسباب أو بطرق مختلفة •

فدعوى التطليق للضرر التى ترفعها زوجة أرثوذكسية على زوج بروتستانتى تكون مقبولة ويطبق عليها القاضى الشريعة الإسلامية بالرغم من أن شريعة الزوج لاتقر الضرر كسبب للتطليق ، فهى تعرف التطليق أما لعلة الزنا أو للخروج عن الدين المسيحى ، إذ يكفى أن الزوجين ينتميان إلى طائفتين تقران مبدأ التطليق ولايهم الأسباب •

رابعا : قررت محكمة النقض بأن الدفع بعدم جواز سماع دعوى الطلاق إذا كان أحد الزوجين كاثوليكيا يتعلق بالنظام العام وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها • وهو دفع موضوعى بعدم قبول الدعوى• ويجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولايختلف الحكم إذا كان المدعى يطلب اثبات وقوع الطلاق ، أو بطلب إيقاع

= قبل الزواج ــ واقامت قضاءها بعدم سماع الدعوى على سند صحيح بإعتباره أن طائفة الكاثوليك التى تنتمى اليها المطعون عليها لاتدين بوقوع الطلاق ، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس • نقض ١٩٧٦/١٢/٢٩ س ٢٧ ص ١٨٥١ •

(١) دعوى الطلاق لاتسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم من القاضى ، مما مفاده أنه لايرجع إلى شريعة الزوجين عند اختلافهما فى الملة أو الطائفة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط • نقض١٩٧٠/١/١٤س ١٢ ص ٩٦ •

الطلاق[1] .

---

(١) إن الباعث على تقرير ذلك الدفع وعلى ماجاء بالمذكرة الإيضاحية لنص المادة المذكورة هو دفع الحرج والمشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق أى أنه مقرر لصالح هذه الطوائف حماية لعقيدتهم الدينية وليس لصالح الخصم المدعى عليه مما مؤداه تعلق هذا الدفع بالنظام العام وبالتالى فإنه لا على المحكمة إن هى قضت به من تلقاء نفسها.وإذ التزم الحكم المطعون فيه النظرفإن النعىعليه بهذا السبب يكون فىغير محله .

وحيث أن الطاعن ينعى بالسببين الثالث والرابع على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله . وفى بيان ذلك يقول أن نص الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأن " لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الأخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق " إنما ينطبق على الدعوى التى ترفع بطلب إيقاع الطلاق دون الدعوى بطلب إثباته ، وان مفهوم إشتراط النص لعدم سماع الدعوى أن يكون الزوجان لايدينان بالطلاق أنه لو كان أحدهما يدين بالطلاق والأخر لايدين به امتنع تطبيق النص وسمعت الدعوى . وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم سماع دعواه طبقا لنص اللائحة المذكورة رغم أنه أقامها بطلب إثبات الطلاق ودون توافر شرط عدم السماع فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أن المقصود بدعوى الطلاق هى التى يراد بها إنهاء علاقة الزوجية إنهاء منتجا لآثاره المقررة فى القانون سواء رفعت بطلب إيقاع الطلاق أو إثبات وقوعه وعلى ذلك فإن النص فى الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه " ولاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق " ، يسرى على الدعوى بإثبات الطلاق ، وهذا يتفق والغرض من النص وهو ـ وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية ـ تجنيب الطوائف التى لاتدين بوقوع الطلاق المشقة والحرج نزولا على إحترام مختلف الشرائع ، وفى القول بقصر النهى عن سماع الدعوى الوارد بالنص على الدعوى بطلب ايقاع الطلاق تفويت لذلك الغرض لما فيه من إجازة الطلاق عند تلك الطوائف بطريق الحكم بإثبات وقوعه بينها ، هذا إلى أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يكفى فى القضاء بعدم سماع الدعوى طبقا لنص اللائحة المذكورة إنتماء أحد الزوجين إلى طائفة لاتدين بوقوع الطلاق . لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بعدم سماع دعوى الطاعن بطلب إثبات طلاقه للمطعون عليها على انه ينتمى إلى طائفة لاتدين بوقوع الطلاق فإنه يكون قد طبق نص اللائحة المشار إليه تطبيقا صحيحا ، ويكون النعى عليه بهذين السببين على غير أساس .

وحيث أن حاصل النعى بالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون . وفى بيان ذلك يقول الطاعن أن الحكم إستند فى قضائه بعدم سماع دعواه إلى انه ينتمى إلى طائفة الكاثوليك التى تدين بالطلاق ، وأطلق عدم الدينونة بوقوع الطلاق على جميع ملل الكاثوليك فى حين أن منها ما يدين به وهى الأقباط الكاثوليك التى ينتمى إليها الطاعن .

وحيث أن هذا النعى غير مقبول ذلك أن قول الطاعن بإنتمائه إلى إحدى ملل الكاثوليك التى تدين بوقوع الطلاق وهى الأقباط الكاثوليك دفاع يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ولايجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض.نقض ١٩٨٤/٢/٥ س ٣٥ ج ١ ص ٣٨٠ .

(د) مدى شرعية طلاق غير المسلم بالإرادة المنفردة :

يؤدى تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين لتخلف شروط تطبيق شريعتهم إلى إعمال نفس الأحكام التى تطبق على المُسلمين .

لذا ثار التساؤل عما إذا للزوج غير المسلم أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة هذا بفرض أن كلا الزوجين غير المسلمين يدينان بالطلاق ؟ فمثلا هل يستطيع الزوج الأرثونكسى أن يطلق زوجته الإنجيلية بإرادته المنفردة ؟

يثير ذلك التساؤل مسألة من أدق مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين والتى تعتبر مثلا واضحا للنتائج السيئة للتعدد التشريعى وتحتم تدخل المشرع لتوحيد قانون الأحوال الشخصية ولو جزئيا فى هذا الصدد . أثارت تلك المسألة خلافا حادا فى الفقه والقضاء .

* **ذهب البعض** إلى أنه لا يجوز للزوج المسيحى أن يطلق زوجته بالإرادة المنفردة حتى لو كانت الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق إستنادا إلى أن " يمين الطلاق عند المسلمين أمر يتعلق بعقيدة الزوج المسلم ، وتلك اليمين توجب الفرقة وتنهى الملك . فالجزاء الدينى هنا يختلط ويمتزج بالجزاء القانونى ، وعلى ذلك يصعب أن تنسحب تلك القاعدة الدينية على أشخاص لايدينون أصلا بالعقيدة التى تستند إليها تلك القاعدة .. وشرط إمكان وقوع الطلاق بيمين الزوج هو أن يكون الزوج مسلما من أهل التكليف ، والتكليف يقتضى الإسلام والبلوغ والعقل . والحكم الشرعى الصحيح أن الطلاق لايقع بإرادة الزوج (غير المسلم) المنفردة بل لابد من صدور حكم به .

ويؤخذ على هذا الرأى إعتباره الزواج من مسائل العبادات مع أن الراجح فى الشريعة الغراء أنه من مسائل المعاملات ، أضف إلى ذلك

أنه ليس صحيحا القول بأن مناط التكليف هو الإسلام بل مناطه العقل والبلوغ وحدهما .

* **وذهب رأى آخر** إلى القول بأن الزوج غير المسلم لايمكنه ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة إلا بعد صدور حكم قضائى يقرر تطبيق الشريعة الإسلامية لأن تطبيق هذه الشريعة على غير المسلمين يعد أمرا استثنائيا لابد وأن يكون على يد القضاء الذى يتحقق من توافر شروط هذا التطبيق . وتلك " مسألة لايمكن للأفراد أن يبتوا فيها بأنفسهم بل لابد من الإلتجاء إلى القضاء عن طريق الدعوى أى يجب على غير المسلم أن يلجأ الى القضاء ليطلب الحكم بانطباق الشريعة الإسلامية على حالته ، وحينئذ يستطيع أن يطلق ، ويطلب من المحكمة اثبات طلاقه ، والقول بغير ذلك يؤدى إلى زعزعة الأسر إذ قد يكون تحقق الفرد مخالفا للقانون ، ويتوهم أنه طلق فإذا به مرتبط بالزوجية " .

وهذا الرأى وإن كان له وجاهته من الناحية العملية إلا أنه لايتفق مع المبادئ العامة فى القانون التى تفترض علم الأفراد بالقانون وحقهم بل وواجبهم فى تطبيقه تلقائيا فى حياتهم دون الإلتجاء إلى القضاء ، فإذا تم الإلتجاء إلى القضاء فإن القاضى يكشف عن تطبيق القانون ولاينشئه. أضف إلى ذلك أن اشتراط صدور حكم قضائى لتطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين يعتبر قيدا لايمكن الأخذ به إلا بنص تشريعى .

* **لهذا ظهر رأى وسط** مقتضاه التفرقة بين حالة وجود نزاع حول تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين أم لا . فإذا لم يكن هناك نزاع حول هذا التطبيق يكون للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة مثل الزوج المسلم تماما ويقع الطلاق منذ تاريخ صدوره .أما إن ثار نزاع حول تطبيق الشريعة الإسلامية فلا بد من صدور حكم لحسم

النزاع ، ولايعتد بأى طلاق يقع إلا من تاريخ الحكم .

ويعيب هذا الرأى غموض ونسبية المعيار الذى يستند إليه أى وجود نزاع من عدمه ، فالنزاع غالبا ما يقوم اللهم إلا إذا اتفق الأفراد من باب التحايل على القانون ، ولايمكن ترتيب الحقوق والواجبات بناء على مراكز قانونية غير مؤكدة .

* **وقد استقرت محكمة النقض** على إعمال النص القائم بمنطقه أى إعمال أحكام الطلاق فى الشريعة الإسلامية على المسيحيين الأرثوذكس والإنجيليين إذا تخلفت شروط تطبيق شريعتهم ، ومن ثم يستطيع الزوج فى هذه الحالة أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة تماما كما هو الحال بالنسبة للمسلم وذلك دون حاجة إلى صدور حكم قضائى . وإذا ما عرض النزاع أمام القضاء فإن على القاضى أن يقرر إثبات الطلاق من تاريخ النطق به وليس من تاريخ صدور الحكم[1] .

---

(١)أحكام الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية التى كانت تقوم بين الزوجين غير المسلمين قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، إذ ما اختلفا طائفة أو ملة ، ولم يشأ المشرع عند إصدار هذا القانون أن يخالف ما إستقر عليه الوضع فى هذا الشأن بإعتبار أن المحاكم الشرعية هى صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة ، وهو ماضمنه المشرع نص المادة السادسة من القانون المذكور ـ وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة والمطعون عليه الأول وإن اتحدا ملة فهما مختلفان الطائفة ، وهما يدينان بوقوع الطلاق فإنه يتعين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى شأن واقعة الطلاق ، وهى تبيح للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة . نقض ١٩٧٢/١٢/٢٠ س ٢٣ ص ١٤٤٢ .

متى كان الحكم قد استخلص من أوراق الدعوى وفى حدود سلطته الموضوعية أن الزوج انضم الى طائفة الأقباط الإنجيليين قبل رفع الدعوى بينما تنتمى الزوجة إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس وكلاهما يدين بالطلاق ، وطبق فى شأنهما أحكام الشريعة الإسلامية وهى تجيز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، فإنه ـ وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض ـ لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه . نقض ١٩٦٥/٥/٢٦ س ١٦ ص ٦٢٨ .

فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الطرفين مختلفا الطائفة ويدينان بوقوع الطلاق فقد تعين تطبيق أحكام الشريعة على واقعة النزاع بينهما وإذ خالف الحكم=

لاشك أن قضاء النقض يتفق مع النصوص القائمة ويستند إلى المنطق القانونى السليم إلا أنه كان مثارا لعاصفة من النقد • وواقع الأمر أن محور النقد ينبغى أن يكون السياسة التشريعية وليس القضاء الذى يعمل النصوص القائمة ولو كانت معيبة •

ولعل النتائج التى يؤدى إليها إعمال النصوص هى مثار نقد الفقه ، إذ السماح للزوج المسيحى بأن يطلق زوجته بإرادته المنفردة يبدو مثيرا للشعور الدينى فى شريعة تسمح بالتطليق على سبيل الاستثناء وترفضه حتى إذا اتفق عليه الزوجان • أضف إلى ذلك أن هذا الطريق يفتح بابا للتحايل على أحكام الشريعة المسيحية بالنسبة للطلاق وذلك من خلال تغيير أحد الطرفين لطائفته أو ملته والاستفادة من حكم الشريعة الإسلامية الخاص بإيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة •

وفى النهاية يمكن أن يؤدى ذلك إلى نتائج اجتماعية سيئة ، إذ قد يخطئ الزوج ويطلق زوجته بإرادته المنفردة معتقدا أن الشريعة الإسلامية تحكم علاقته الزوجية ، ثم يتزوج بإمرأة ثانية • ويتضح بعد ذلك عدم انطباق الشريعة الإسلامية ويعتبر الطلاق كأن لم يكن ، ويبطل الزواج الثانى لأن الشريعة المسيحية لاتعرف تعدد الزوجات •

أمام كل هذه الإعتبارات يجدر بالمشرع التدخل لتنظيم المسألة على نحو يحقق الوحدة والإستقرار فى المراكز القانونية ويتفادى النتائج النفسية والإجتماعية السيئة التى تترتب على الوضع الحالى •

= المطعون فيه هذا النظر وأسس قضاءه برفض دعوى الطاعن "إثبات طلاق" على أن القواعد الموضوعية المشتركة بين ذوى الملة المختلفة هى الواجبة التطبيق وأن تلك القواعد لاتجيز الطلاق بمجرد الإرادة المنفردة فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القنون بما يستوجب نقضه •نقض ١٩٦٣/٢/٦ س ١٤ ص ٢١٨ •

(هـ) مدى أحقية الزوجة غير المسلمة فى اللجوء إلى نظام الخلع

مفهوم: للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر. وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم.

ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن. ويكون الحكم، فى جميع الأحوال، غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن.[١]

تطبيق الخلع على غير المسلمين: إن هذا الحكم الموضوعى المشتق من الشريعة الإسلامية أورده المشرع ليطبق على المسلمين، ومن ثم فهو لا يطبق على غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة، حيث يخضعون لشرائعهم طبقا لما ذكرنا من قبل.

ولكن التساؤل يثور عند اختلاف الزوجين فى الطائفة والملة مما يفتح الباب أمام تطبيق الشريعة الإسلامية، هنا يمكن استفادة الزوجين غير المسلمين من نظام الخلع. وتستطيع الزوجة غير المسلمة أن تطلب تطبيق الخلع فى حالة تطبيق الشريعة الإسلامية على النزاع.

---

(١) م ٢٠ من القانون ١/٢٠٠٠

ويتفق ذلك مع منطق النصوص واتجاه محكمة النقض إلى السماح للزوج المسيحى بإيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، وتقضى العدالة بالسماح بالخلع كرخصة مخولة للزوجة مقابل رخصة الزوج فى الطلاق بإرادته المنفردة. وهذا ما بدأت المحاكم فى السير عليه بالفعل، خاصة وأن العمل يجرى فى أغلب الطوائف المسيحية على وجود نظام المهر أو الصداق، وتستحق المطلقة نفقة عدة، بل ويمكن أن تطالب بنفقة المتعة، ويوفر كل ذلك المقومات اللازمة لأعمال الخلع على غير المسلمين الخاضعين لأحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الخامس

تطبيق مسائل الأحوال الشخصية أمام القضاء

المطلب الأول

إجراءات التقاضـــى

تسرى أحكام القانون ١/٢٠٠٠ على إجراءات التقـــاضى فـــى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فـــى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفيـــة التركات.

وذلك بعد أن كان من المقرر أنه تتبع أحكام قانون المرافعات فـــى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت مـــن إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشـــرعية أو القوانيـــن الأخرى المكملة لها[١] .

(١) طبقا للمادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . المستبدل بالقانون ١/٢٠٠٠.

مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٢٨٥ من لائحة ترتيب المحـــاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليـــل فـــأخضع اجـــراءات الاثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجـــراءات الشـــكلية لقانون المرافعات ــ أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعيـــة اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى فقد ابقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكـــام الشريعة الإسلامية ــ والحكمة التى ابتغاها المشرع من ذلك هى احترام ولايـــة القـــانون الواجب التطبيق حتى لايكون هناك إخلال بحق المتخاصمين فى تطبيق أحكام شـــريعتهم ــ ولايغير من ذلك أن يكون المشرع قد نص فى المادة الثالثة عشرة من القانون رقـــم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على إلغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشـــرعية وهـــو الخـــاص بالأدلة ولم يستبق من مواده سوى المواد الخاصة بعدم سماع دعوى الوقف عند الإنكار =

أى أنه بالنسبة لمنازعات الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين وغير المسلمين على السواء ، تتبع إجراءات التقاضى الواردة فى القانون المذكور، وعند عدم وجود نص ، يرجع القاضى إلى قواعد قانون المرافعات بوصفها القواعد العامة لإجراءات التقاضى[1] .

= وشهادة الإستكشاف والنفقات والشهادة على الوصية ــ إذ أنه لم يقصد بهذا الإلغاء الخروج على الأصل المقرر بمقتضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت اليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ السالف الإشارة إليها ، وإذ كان إثبات وقوع الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها فى إثبات وقوعه ، --- يكون معتبرا شرعا ، فإن الحكم المطعون فيه وقد طبق الشريعة الإسلامية دون قانون المرافعات والقانون المدنى فى هذا الخصوص لايكون قد خالف القانون . نقض ١٩٦٣/١/٢ س ١٤ ص ٣٢ . لما كان النص فى الفترة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية على أنه " بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام ــ فى نطاق النظام العام ــ طبقا لشريعتهم " ــ مفاده ــ أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ، وكان ماورد فى المادة ١١ مكرر ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى خصوص مايتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها فى ذلك أمام المحكمة الإبتدائية إنما هى من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات فإنها تسرى على جميع منازعات الطاعنة أيا كانت ديانة أطرافها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وإعتد بإجراءات دعوة المطعون عليه للطاعنة بالدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك وفقا لما ورد بالنص المشار إليه فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيقه ويكون النعى على غير أساس . طعن رقم ٣٥ لسنة ٥٩ ق (أحوال شخصية) ــ جلسة ١٩٩٠/٥/٨ .

(١) لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية يتعين نظرها فى غير علانية على أن يصدر الحكم فيها علنا وذلك عملا بالمادتين ٨٧٨،٨٧١ من قانون المرافعات. نقض ١٩٩٦/٣/١١، طعن ١٧٣ س ٦١ ق .

وإن كان من المقرر قضاء هذه المحكمة أنه بعد صدور القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لاتختص بها المحكمة الجزئية إلا أن الرأى الذى تبديه النيابة على ضوء ماتتبينه من وقائع الدعوى ومدى تفسيرها للقانون لاتتقيد به المحكمة فلها أن تأخذ به أو أن تطرحه . إن تدخل النيابة العامة يكون واجبا فى قضايا الأحوال الشخصية كلما كان النزاع متصلا بتطبيق الأحكام الشرعية فى مسائل الزواج والطلاق والنسب وقواعد الإرث وشهادات الوراثة . نقض ١٩٩٠/١/٢٣ ، طعن ١٩٨ س ٥٥ ق .

إذا كان القضاء على المسلم المحظور فى الشريعة الإسلامية توليه على غير المسلم ، هو القضاء الذى تتمكن به ولاية غير المسلم على المسلم لإنتفاء هذه الولاية شرعا ، فإنه=

الفرع الأول
اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية

(أ) الاختصاص للمحاكم لا للدوائر :

كانت منازعات الأحوال الشخصية من اختصاص المجالس الملية والمحاكم الشرعية • فالمجالس الملية كانت تختص بتطبيق الشرائع الطائفية إذا توافرت شروط تطبيقها ، أما المحاكم الشرعية فكانت تختص بتطبيق الشريعة الإسلامية بين المسلمين وغير المسلمين إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم • فقد كان هناك ارتباط كامل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي •

وبعد أن ألغى القانون جهات القضاء أصبحت المحاكم العادية تختص بجميع مسائل الأحوال الشخصية بين المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين • وتقوم هذه المحاكم بتشكيل دوائر للنظر في تلك الخاصة بغير المسلمين •

ثار التساؤل عن طبيعة هذا التقسيم وأثره بمناسبة الفرض الذى ترفع فيه منازعة أمام دائرة تختص بنظر قضايا غير المسلمين ثم يتبين لها أن الشريعة الطائفية لاتنطبق (لتخلف الشروط أو لقيام مانع) وأن الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق • فهل يجوز لهذه الدائرة أن تفصل فى الموضوع وتطبق الشريعة الإسلامية ؟ أم يجب عليها الإمتناع عن الفصل فى النزاع والحكم بعدم الإختصاص ؟

= تمشياً مع علة الأصل يقتصر هذا الخطر على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة لأن هذا الفصل هو مناط تمكن الولاية ومن ثم يخرج عن نطاق الحظر مجرد اشتراك القاضى غير المسلم فى الهيئة التى نطقت بالحكم بدلاً من زميل له شارك فى الفصل فى الخصومة وعرض له مانع من تلاوة الحكم ذلك أن الاقتصار على المشاركة فى تلاوة الحكم لايعدو كونه عملاً اجرائياً بحت يحكمه قانون المرافعات والقوانين المكملة له عملاً بنص المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية • طعن رقم ٨ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ •

كان هناك إتجاه يرى أن الدائرة بحكم تكوينها تختص بمنازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين أى بتطبيق الشرائع الطائفية فقـــط ، وليس لها الولاية قانونا فى تطبيق الشريعة الإسلامية ٠ والإختصـــاص هنا بسبب نوع القضية ، لذا فهو من النظام العام ، وعلى المحكمـــة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى وإحالتها الى الدائرة المختصة بنظر الأحوال الشـــخصية للمصريين المسلمين ٠

إلا أن الراجح فى الفقه والقضاء وما استقرت عليه محكمة النقـــض هو " أن ترتيب العمل فى الدوائر هو عمل إدارى لايرفع ولاية المحكمة عن النظر فى أية قضية من قضايا الأحوال الشخصية التى ترفع إليـــها ولم تنشأ التخلى عنها ، وكل مايرتبه القانون فى هذه الحالة أن الدائـــرة تطبق القانون على الطرفين حسبما يقتضيه الفصل فيها ديانة ٠٠ أى أن قرار الجمعية العمومية الذى ناط بالدائرة نظر مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين وترك لدوائر أخرى المسائل الشرعية ، لايسلب ولايـــة هذه الدوائر بنظر الدعوى وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ، بإعتبـــار أن هذا مجرد توزيع داخلى للعمل"[١] ٠ فالأمر لايعدو أن يكون تقســيما إداريا محضا ، ولم يعد هناك اختصاص نوعى أو ربط بين الإختصاص القضائى والتشريعى كما كان الحال بين المحاكم الشـــرعية والمجـــالس الملية ٠ وتستطيع كل دائرة الفصل فى أى مسألة من مسائل الأحـــوال الشخصية أيا كان أطرافها وتطبق عليها الشريعة الإسلامية أو الطائفيـــة إذا توافرت شروط تطبيقها ٠

(ب) الاختصاص النوعى والمحلى :

يمكن كقاعدة عامة القول بأن المحاكم الجزئيـــة تختـــص بـــالفصل إبتدائيا أو نهائيا (حسب قيمة النزاع) بالمنازعـــــات المتعلقـــة بنفقـــة

---

(١) نقض ١٩٦١/٤/٢٧ س ١٢ ص ٤٢٨ ٠

الزوجة والصغير والأقارب ، والمهر والجهاز ، والحضانة ، والزواج ومايتعلق به.[1]

([1]) وقد بين القانون ١/٢٠٠٠ أحكام الاختصاص فيما يلى:
(أ) اختصاص قاضى الأمور الوقتية:
ويختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية:
١- التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم إعطاء شهادة مثبتة للامتناع سواء للمصريين أو الأجانب.
٢- مد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لإتمام الجرد إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعادا له.
٣- اتخاذ ما يراه لازما من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التى لا يوجد فيها عديم أهلية أو ناقصها أو غائب.
٤- الإذن للنيابة العامة فى نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه من أموال عديمى الأهلية أو ناقصيها والغائبين إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين.
٥- المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن (المادة الأولى).
(ب) اختصاص المحكمة الجزئية
تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة. وبمراعاة أحكام المادة (٥٢) من هذا القانون، يكون حكمها فى الدعاوى قابلا للطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته، وذلك كله على الوجه التالى:
أولا: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:
١- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.
٢- الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.
٣- الدعوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها، متى كان القانون الواجب التطبيق يقضى بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق.
٤- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها. ويكون الحكم نهائيا إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى.
٥- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق.
٦- توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعا.
٧- الإذن بزواج من لا ولى له.
٨- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة، ما لم يثر بشأنها نزاع.
٩- [1]دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ أحكام النفقات وما فى حكمها ويكون الحكم فى ذلك نهائيا.
ثانيا: المسائل المتعلقة بالولاية على المال متى كان مال المطلوب حمايته لا تتجاوز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية:
١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدالهم.
٢- إثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله.
٣- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائى واستبداله.

٤- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الجادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها وفقا لأحكام القانون والإذن له بمزاولة التجارة وإجراء التصرفات التى يلزم للقيام بها الحصول على إذن، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها.
٥- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.
٦- تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية وبين الوصى فيما يتعلق بالإنفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به.
٧- إعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وفقا لأحكام قانون الولاية على المال.
٨- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها.
٩- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها.
١٠- جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقا لأحكام القانون واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال.
١١- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية.(م٩).

(ج) اختصاص المحكمة الابتدائية

تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه. ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني دون غيرها، الحكم ابتدائيا فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته. وتلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد. وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاما مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قررته من نفقه بالزيادة أو النقصان. ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائى فيها. (م١٠). تختص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم فى الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفى العقد إذا كان القانون واجب التطبيق يجعل الحجر سببا لزوال أهليته للزواج. ويترتب على إقامة الدعوى وقف إتمام الزواج حتى يفصل نهائيا فيها. كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفعه وتعيين القيم ومراقبة أعماله والفصل فى حساباته وعزله واستبداله، والإذن للمحجور عليه بتسليم أمواله لإدارتها، وفقا لأحكام القانون وسلب هذا الحق أو الحد منه وتعيين مأذون بالخصومة عنه، وتقدير نفقة للمحجور عليه فى ماله، والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربية وبين القيم فيما يتعلق بالإنفاق على المحجور عليه (م١١). تختص المحكمة التى تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل فى المنازعات المتعلقة بهذا الحساب. (م ١٣) تختص المحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال، وذلك حتى تمام الفصل فيهما. كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة منها فى هذا الشأن. (م ١٤)

(د) الاختصاص المحلى

يتحدد الموطن فى مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد (٤٠، ٤٢، ٤٣) من القانون المدنى. وبمراعاة أحكام المادتين (١٠، ١١) من هذا القانون ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى. وإذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التى تقع فى دائرتها موطن أحدهم. ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية، على النحو الآتى:

١- تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال، فى المواد الآتية:

أ- النفقات والأجور وما فى حكمها.

ب- الحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما.

ج-المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها.

د- التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية.

٢-تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها أخر موطن للمتوفى فى مصر بتحقيق إثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات، فإن لم يكن للمتوفى موطن فى مصر يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها أحد أعيان التركة.

٣- يتحدد الاختصاص المحلى فى مسائل الولاية على المال التالية على النحو الآتى:

أ- فى مواد الولاية بموطن الولى أو القاصر وفى مواد الوصاية بأخر موطن للمتوفى أو للقاصر.

ب- فى مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا.

ج-فى مواد الغيبة بأخر موطن للغائب.

فإذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن فى مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن الطالب أو التى يوجد فى دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته.

د- إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائيا جاز للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أن تحيل القضية إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها الموطن الجديد.

هـ- تختص المحكمة التى أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من يخلف الولى ـ سواء كان وليا أو وصيا ـ إلا إذا رأت من المصلحة إحالة المادة إلى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطن القاصر.

٤-فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه، للمحكمة الكائنة بدائرتها أعيانه، أو الأكبر قيمة إذا تعددت، أو المحكمة الكائن بدائرتها موطن ناظر الوقف أو المدعى عليه. (م ١٥).

(هـ) تدخل النيابة العامة فى دعاوى الأحوال الشخصية:

مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليه فى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦، للنيابة العامة رفع الدعوى ابتداء فى مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، =

أما المحاكم الإبتدائية فتختص بقضايا النسب ، وإنحـــلال الـــزواج (الطلاق ، الفرقة) •هذا بالإضافة إلى قضايا الاستئناف التى ترفع اليها فى الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية •

وبالنسبة للإختصاص المحلى ، فالقاعدة العامة هى التى تطبق ، أى ينعقد الاختصاص للمحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليـه • إلا أن المشرع وضع استثناءا بقصد التيسير علـــى الزوجـــة أو الأم أو الحاضنة ، مقتضاه أن الإختصاص يمكن أن يكون كذلك لمحكمة موطن المدعى إذا كانت الدعوى مرفوعة من إحداهن وتتعلق بمسألة خاصـــة بأى من : الحضانة ، الرضاعة ، النفقة ، المهر والجـــهاز ، الـــزواج ومايتعلق به ، الطلاق والخلع والفرقة •

الفرع الثانى
الإثبات ، الشهادة

فرق المشرع فى الإثبات ــ وعلى ماجرى به قضـــاء محكمـــة النقض ــ بين الدليل وإجراءات الدليل فى مسائل الأحوال الشـــخصية ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشـــهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعـــات • أمـــا قواعـــد الإثبات المتعلقة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى ، فقد أبقاها المشرع على حالتـــها خاضعـــة لأحكام الشريعة الإسلامية[1] •

= كما يجوز لها أن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية.
وعلى النيابة العامة أن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلا كان الحكم باطلا. (م٦٥)

(١) نقض ١٩٧٢/١٢/١٣ س ٢٣ ص ١٣٧٧ •

طبقا للائحة الشرعية " تكفى شهادة الإستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التى يتوقف عليها القضاء بشئ مما ذكر[1] .

ولإيضاح المقصود بشهادة الاستكشاف يمكن القول بأن " الشهادة فى فقه الشريعة الإسلامية قد تكون شهادة معاينة يشهد فيها الشاهد بما عاينه بنفسه بالعين أو بالسماع ، وقد تكون الشهادة شهادة سامع وفيها يشهد السامع بما ترامى إلى سمعه شهرة فى أمر معين ، فالشهرة فى شهادة السامع تقوم مقام المعاينة فى شهادة المعاينة . وقد تكون الشهادة شهادة تواتر وهى أخبار جماعة لايتصور اتفاقهم على الكذب ، وشهادة استكشاف وهى إبداء الرأى فى واقعة عن استطلاع خبر أو الإستعلام عن أمر " .

لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ أن الإجراءات الشكلية للإثبات فى مواد الأحوال الشخصية تخضع للقواعد المقررة فى قانون الإثبات ، وكان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من هذا القانون على انه " إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور فى الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه بالحضور لجلسة أخرى ، مادام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض فإذا لم يفعل سقط حقه فى الإستشهاد به . يدل على أن المشرع هدف الى عدم تمكين الخصوم من إطالة أمد التقاضى عن طريق تعمد استغراق مدة التحقيق كاملة دون مقتضى ، فأوجب على المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق إذا لم يحضر الخصم شاهده بالجلسة المحددة لبدء التحقيق أو لم يكلفه بالحضور فيها أن يلزمه بذلك مع تحديد جلسة تالية مادام أجل التحقيق مازال قائما فإذا لم ينفذ الخصم ما إلتزم به سقط حقه فى الإستشهاد به وهو جزاء يتقرر بغض النظر عن إنتهاء أجل التحقيق أو بقائه ممتدا ـ لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن تقاعس عن احضار شهوده أو تكليفهم بالحضور أمام القاضى المنتدب للإدلاء بشهادتهم رغم امهاله لذلك بناء على طلبه ، فإنه لاتثريب على القاضى المنتدب إذا ما قرر أثر ذلك إحالة الدعوى إلى المرافعة ، ولا على الحكم إذ وجد فى أوراق الدعوى مايكفى لتكوين عقيدته ، ذلك أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى والأخذ بما تراه منها متى قام الحكم على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى اليها ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها على سند مما استخلصه من أقوال شاهديها بتوافر المضارة الموجبة للتطليق ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس . طعن رقم ٢٩ لسنة ٥٩ق " أحوال شخصية" ـ جلسة ١٩٩١/٦/١١ ، نقض ١٩٨٨/١/١٩ س ٣٩ ص ١١٤ .

(١) م ١٧٩ من اللائحة الشرعية .

ففى المسائل التى ذكرتها المادة السابقة " لايلتزم القاضى بإتباع طرق الاثبات الواجب مراعاتها فى الشهادة الأخرى ، ويكفى أن يستمع إلى شهادة رجل وامرأة للإستكشاف فى دعوى نفقة رغم أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان " . " ولايلزم فى شهادة الاستكشاف تحليف الشهود اليمين ، وللمحكمة أن تأخذ بها دون حاجة إلى سماع شهود النفى من المدعى عليه " .

وتخضع شهادة الإستكشاف لتقدير القاضى ، حيث خوله المشرع الإستعانة بها للفصل فى المسائل المذكورة نظرا لصعوبة توافر الأنواع الأخرى للشهادة .

ونظرا لأهمية الشهادة ، على الصعيد العملى ، فى إثبات مسائل الأحوال الشخصية ، نعرض لأهم المبادئ التى أرستها محكمة النقض .

مبادئ قضائية للشهادة :

- تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة طبقا لشريعتهم ـ شريعة الأقباط الأرثوذكس ـ خلوها من قواعد خاصة بطرق الإثبات ـ للقاضى قبول الشهادة ولو كانت من شاهد واحد دون التقيد بالنصاب وفقا لأحكام المذهب الحنفى .

أن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقةبالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة طبقا لشريعتهم ، مما مفاده عدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على تلك المنازعات وأذ خلت شريعة الأقباط الأرثوذكس والتى ينتمى إليها الطرفان من قواعد خاصة بطرق الاثبات

فى دعوى التطليق ، مما مؤداه أن يكون للقاضى قبول الشـهادة ولـو كانت من شاهد واحد متى اطمأن إليها دون التقيد بالنصـاب الشـرعى للبينة وفقا لأحكام المذهب الحنفى • لما كان ذلك وكان الحكم المطعـون فيه قد خالف هذا النظر وإنتهى إلى أن الشهادة على طلاق الطاعن مـن المطعون ضدها لاتقبل إلا من شاهدين وفقا لأحكام المذهب الحنفى فإنـه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه[1] •

– الاطمئنان الى صدق الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره فلا يلزم بإبداء الأسباب •

ان من الأصول المقرر فى المذهب الحنفى تحقق عدالة الشاهد مالم يقم الدليل على غير ذلك وأنه إذا تضمنت الشهادة معنى النفع أو الدفـع صار الشاهد متهما فى شهادته ولا شهادة لمتهم • وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجـدان القـاضى وشعوره فلا يلزم بإبداء الأسباب • لما كان ذلك وكـان الثـابت مـن الأوراق أن شاهدى المطعون ضدها ـ لم تتوافر فيهما أسباب التهمـة من جبر مغنم أو دفع مغرم وكانا ليسـا مـن أصولـها أو فروعـها واطمئنان الحكم المطعون فيع الى ما استخلصه من شـهادتهما مـن أن الطاعن تعدى عليه بالقول والفعل فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس[2] •

– أن المقرر ـ فى قضاء هذه المحكمة ـ أن الأخذ بأقوال الشـهود منوط بتصديق المحكمة لهم واطمئنانها اليهم دون أن تكون ملزمة بإبداء الأسباب المبررة لذلك • لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقـام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائى على ماقرره من عدم اطمئنانه الى شـهادة شاهدى الطاعن من أن المطعون ضدها قد أبرأته مـن كافـة حقوقـها

---

(١) طعن رقم ٩٠ لسنة ٥٩ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦. طعن رقم ٢٠ س ٢٣ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥.

(٢) طعن رقم ٢٢ لسنة ٥٩ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٩٠/١١/٢١

المترتبة على الطلاق ، فلا عليه بعد ذلك إن هو لم يبين أسباب عدم اطمئنانه لهذه الشهادة ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس[١] .

- أن المقرر في الفقه الحنفي - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى وأن الموافقة قد تكون تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما إدعاه المدعي وقد تكون الموافقة ببعض ما إدعاه المدعي وتسمى موافقة ضمنية وهي تقبل اتفاقا ويأخذ القاضي بما شهد به الشهود بإعتباره القدر الثابت من المدعي بالبينة ولاتلزم الموافقة في اللفظ بل تكفي الموافقة في المعنى والمقصود سواء اتحدت الألفاظ أو تغايرت [٢] .

- لما كان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه عينا أو سماعا في غير الأحوال التي تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة على التطليق للضرر . لما كان ذلك وكان الثابت من أقوال الشاهد الثاني من شاهدي الطاعنة أنه شاهد آثار الضرب على وجهها ولكنه لم يشاهد المطعون ضده يضربها أو سمعه يسبها ومن ثم لايكتمل به نصاب الشهادة على الضرر المبرر للتطليق . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى يكون قد طبق صحيح القانون ويكون النعي بهذا السبب على غير أساس[٣].

- أن المقرر في المذهب الحنفي قبول شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض - عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه ، مما تقبل معه شهادة الأخ لأخيه . وكان البين من شهادة شاهدي المطعون ضدها - وأحدهما شقيقها - أنهما شاهدا إعتداء الطاعن عليها بالضرب على مرأى من أهالي القرية - وتضررها من ذلك ، فإن شهادتهما على الضرر تكون

---

(١) طعن رقم ١٢٣ لسنة ٥٧ ق " أحوال شخصية" - جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦ .
(٢) طعن رقم ٢٢ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٠/١١/٢٢ .
(٣) طعن رقم ٣٦ لسنة ٥٩ ق " أحوال شخصية " - جلسة ١٩٩١/٦/١٨ .

شهادة عيان توافر لها نصابها الشرعى ، وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بهذه البينة فإنه يكون قد إلتزم صحيح القانون ، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بوجود مصلحة لدى الشاهدين فى الميل بشهادتهما لصالح المطعون ضدها ، فلا يقبل منه اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس[1] .

– اشتراط سماع المرأتين مجتمعتين لايكون إلا إذا جاءت أقوالهما غير متطابقة ـ إذا اتفقت أقوالهما فإن موجب عدم التفريق بينهما عند الشهادة يكون منتفيا .

لما كان اشتراط بعض فقهاء الحنفية عدم التفريق بين المرأتين لدى إدلائهما بالشهادة سنده قوله تعالى فى سورة البقرة ﴿ **فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** ﴾ . وكانت هذه الأية الكريمة لم تشترط اجتماع المرأتين عند الإدلاء بالشهادة وإنما أوردت العلة فى جعل شهادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد ، وهى أن المرأة معرضة للنسيان وأن وجود أخرى معها يعينها على التذكر ، وكان مقتضى هذه العلة أن اشتراط سماع المرأتين مجتمعتين لايكون إلا إذا جاءت أقوالهما غير متطابقة أما إذا اتفقت أقوالهما فإن موجب عدم التفريق بينهما عند الشهادة يكون منتفيا ، وإذ كان الثابت من محضر التحقيق الذى سمعت فيه أقوال شهود المطعون ضدها أمام محكمة أول درجة أن الشاهدين قد اتفقت أقوالهما على الوقائع المشهود بها بما ينتفى معه وجوب عدم التفريق بينهما عند أدائهما للشهادة ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس[2] .

---

(١) طعن رقم ٢٩ لسنة ٥٩ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٩١/٦/١١ .

(٢) طعن رقم ٣٩ لسنة ٦٠ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٩١/٦/١١ .

المطلب الثانـــى

مشاكل تعدد الشرائع المطبقة أمام القضاء

(أ) طبيعة المشكلـــة :

أن تعدد الشرائع المطبقة فى مسائل الأحوال الشخصية يعد استمراراً لنظام الإمتيازات الأجنبية الذى ولد فى مصر فى القرن السادس عشـــر نتيجة الظروف السياسية والتاريخية المرتبطة بتلك الحقبة • استمر هـذا النظام فى ظل فترات الإحتلال المتعاقبة ، حيث حافظ عليه المحتلـــون والطبقات الأجنبية ووطدوا دعائمه •

لاشك أن الوضع السابق كان يشكل مساساً خطيراً بسيادة الدولة التى تقتضى خضوع الجميع فيها لقانون واحد وقضاء واحـــد تحت ســلطتها وإشرافها • أضف إلى ذلك أن تعدد القضاء والقوانين المطبقة أدى إلـى الكثير من التنازع القضائى والتشريعى والتناقض فى الأحكام الصـــادرة وصعوبة تنفيذها ، مما تولد عن ذلك من إنعـــدام الإســـتقرار وإرهـــاق المتقاضين والإخلال بالمساواة فيما بينهم •

تنبه المشرع لخطورة الوضع فبدأ عملية التوحيد فى الربع الأخـــير من القرن الماضى واستمر فيها على عدة مراحل ، إلا أنه للأسف لـــم يكملها حتى يومنا هذا • فلازال التعدد التشريعى قائماً فى مسائل الأسرة بكل مايشكله ذلك من عيوب لاتتفق مع دولة متحضرة • هذا بالإضافــة إلى الأوضاع المتناقضة والمشاكل العديدة التى تنجم عن ذلك التعـــدد ، وما يرتبط بها من اضطراب قانونى وقضـــائى وإخـــلال بالإســـتقرار والمساواة الواجبة بين المواطنين ، وذلك من خلال التلاعب بالأديـــان وتغيير العقائد بقصد الاستفادة من الأوضاع القانونية التى تتفـــق مـــع المصالح الشخصية •

فالمسيحى الذى يرغب فى الطلاق أو فى الزواج بـــآخرى أو فـــى الكيد من زوجته يكفيه أن يعلن أمام المحكمة ـــ فى أية مرحلــــة مـــن مراحل الدعوى ـــ إسلامه حتى يستفيد من تطبيق الشريعة الإســلامية ، وهو فى هذا لايغير عقيدته بل يتلاعب بالأديان •

ويمكن القول بأن نظام الردة عن الإسلام ومايرتبط به من جـزاءات يقضى على التلاعب حيث يعلم كل من يعتنق الإسلام أنه سيلتزم بكـــل أحكامه ، فإذا خولت له نفسه الردة طبقت عليه أحكامها •

هذا القول غير صحيح لأنه عقوبة الـــردة مـــن الناحيـــة الجنائيـــة (الإعدام) غير مطبقة ، والجزاءات المدنية لاتطبق من الناحية العملية ، إذ يلزم المطالبة بتطبيقها من قبل المحتسب الـــذى لايوجـــد ، والنيابـــة العامة لاتتولى ذلك فى غالب الأحيان •

ويقف القضاء حائرا فى كثير من الحالات أمـــام تنـــاقض الحلـــول المعطاه ، والغش نحو القانون الذى لايملك إزاءه شيئا ، هذا فضلا عـــن صعوبة البحث فى الكتب المبعثرة للوصول الى الحكم الواجب الإتبـــاع فى الشريعة الطائفية ، وماينجم عن ذلك من إخـــلال بالمســاواة بيـــن المواطنين بسبب تعدد الأحكام وتباينها •

(ب) موقف القضاء :

لهذا يتجه القضاء إتجاها محمودا من الناحية العملية ، كما ســـنرى من خلال دراستنا إلى تطبيق نفس الحلول فى غالبية مسائل الأحـــوال الشخصية ، فالظروف الاقتصادية والإجتماعية تولد نفس المشاكل بيـــن الأفراد بغض النظر عن ديانتهم • فالمنازعات حول المســكن والنفقـــة والحضانة والخطبة وإلتزامات الزوجين بالمساكنة وحسن المعاشـــرة ، هى وليدة التربة الواقعية المصرية ، ويفصل فيها القاضى إنطلاقا مـــن

هذا الواقع دون تفرقة بين مسلم وغير مسلم • لذا سنجد أن الحلول المعطاة واحدة فى أغلب الحالات •

بل أن القضاء ، أمام عجز المشرع عن التوحيد ، يسلك هذا الإتجاه ليس من خلال وحدة الحلول المعطاة فحسب ، بل ويلجأ أحيانا إلى إعتبار المسألة من قبيل الأحوال العينية وليست الشخصية ، ويصدر فيها أحكاما موحدة لأن التعدد لايقوم إلا فى مسائل الأحوال الشخصية ، مثال ذلك العدول عن الخطبة ومايرتبط به من أحقية فى التعويض أو إسترداد الهدايا •

ومن الناحية العملية يمكن حصر الخلافات الجوهرية بين الشرائع المطبقة والتى تقف عقبة أمام التوحيد ، ويحاول الأفراد الاستفادة منها أحيانا من خلال التحايل والغش نحو القانون ، فى مجالين :

الأول : الطلاق •

الثانى : تعدد الزوجات •

فالشريعة المسيحية لاتعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، بل تسمح بالتطليق لأسباب محددة من خلال الكنيسة أو القضاء ، بل أن المذهب الكاثوليكى يرفض التطليق مطلقا ويعرف ما يسمى بالإنفصال الجسمانى• أضف إلى ذلك أن الشريعة المسيحية ترفض مبدأ تعدد الزوجات ، لذا تعرف بشريعة الزوجة الواحدة •

ولكن ـــ رغم ذلك الحظر ـــ أليس فى استطاعة الزوج المسيحى فى ظل النظام القانونى الحالى أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ؟ وهل له أن يعدد زوجاته ؟

تجيب محكمة النقض على هذين السؤالين بإجابتين مختلفتين رغم أن المنطق القانونى يؤدى إلى وحدة الإجابة فى الحالتين • نعرض للمبدأين

ثم نورد تعليقا عليهما •

المبدأ الأول

عدم جواز تعدد الزوجات

وإن خلا التقنين المدنى والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام ، إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التى ترمى الى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علمانى بحت يطبق مذهبا عاما تدين فيه الجماعة بأسرها ولايجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية ، وإن كان هذا لاينفى قيامه أحيانا على سند مما يمت الى العقيدة الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانونى والإجتماعى المستقر فى ضمير الجماعة ، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتداد به ، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد الى المواطنين جميعا من مسلمين وغير مسلمين بصرف النظر عن ديانتهم ، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين وينفرد المسلمون ببعضها الآخر ، إذ لايتصور أن يكون معيار النظام العام شخصيا أو طائفيا وإنما تتسم تقديره بالموضوعية ، متفقا وماتدين به الجماعة فى الأغلب الأعم من أفرادها ، وبهذه المثابة فلا يمكن اعتبار مبدأ عدم تعدد الزوجات من النظام العام بالمعنى السابق تجليته ، أخذا بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها •

الإجماع أخذا بروح الإنجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة الزواج المسيحى على أن الوحدة فى الزواج تعتبر من المبادئ التى تمسكت بها المسيحية من مستهل بزوغها ، ومن خصائص الزواج المسيحى أنه

علاقة فردية لايمكن أن تنشأ إلا بين رجل واحد وامرأة واحدة فلا يجوز للرجل أن يتزوج بأكثر من امرأة واحدة فى نفس الوقت ، ولايجوز للمرأة أن تجمع أكثر من زوج فى وقت واحد ، وحظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج على سواء يعد من المبادئ التى سادت المسيحية طوال العشرين قرنا الماضية ولم تكن إطلاقا موضوع خلاف على الرغم من انقسام الكنيسة إلى شرقية وغربية وإلى أرثوذكسية وكاثوليكية وبروتستانتية ، حتى أصبحت شريعة الزوجة الواحدة لها سمة وعليها علما ، مما مؤداه أن هذا المبدأ – وإن لم يرق إلى مرتبة النظام العام على ماسبق بيانه – يعتبر من القواعد الأصلية فى المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الإحترام والخليقة بالإنصياع فيما بين المسيحين ، بحيث أنه فى نطاق التعدد المعاصر للزيجات – بخلاف الزيجات المتعاقبة – يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه .

والمستقر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريعة الإسلامية هى شريعة القانون العام ، بمعنى أنها تختص أصلا بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم وأن الشرائع الأخرى تختص بصفة استثنائية وعند توافر شروط معينة بحكم هذه العلاقات ، ومفاد المادتين ٦، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية والمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أن أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها الشريعة العامة هى الواجبة التطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا إختلفا طائفة أو ملة ، والمقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم – دون أحكام الشريعة الخاصة – هى الواجبة التطبيق ، لأنه

من غير المتصور أن يكون تطبيق الشريعة العامة يقصد به تطبيق قواعد الإسناد التى تقضى بترك غير المسلمين ومايدينون فى تنظيم أحوالهم الشخصية وتكون الإحالة إلى الشريعة الإسلامية منذ البداية لغوا ينبغى أن ينزه عنه المشرع ، إلا أنه لامحل لإعمال هذه القواعد الموضوعية فى الشريعة العامة والتى يتمتع بمقتضاها الزوج المسيحى بنفس حقوق الزوج المسلم إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية والتى تعد مخالفة المسيحى لها هروبا من ديانته وإنحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته ، طالما لاتنطوى مبادئ الشريعة الخاصة على مايتجافى وقواعد النظام العام فى مصر ومن قبيل هذه المبادئ التى لاتتعارض وقواعد النظام العام وتعتبر من الأصول الأساسية فى الديانة المسيحية مبدأ حظر تعدد الزوجات إذ لايجوز إعمال ما يناقضه من أحكام الموضوعية فى الشريعة العامة ·

لما كان ماتقدم وكان ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من أنه " يكفل إحترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لايكون هناك إخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى تطبيق شريعة كل منهم " دليل غير داحض على أن المشرع إنما يقصد احترام كافة الشرائع عامة وخاصة وأن الإخلال بالقواعد الأساسية المتعلقة بصميم العقيدة وبجوهر الديانة لم يدر بخلده وفيه مجاوزة لمراده يؤيد هذا النظر أن الشارع استبقى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تستلزم الدينونة بالطلاق لسماع الدعوى به من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر، عانيا بذلك طائفة الكاثوليك التى تدين بعدم قابلية العلاقة الزوجية للإنحلال ، إحتراما لمبدأ أصيل متعلق بجوهر العقيدة الكاثوليكية بطوائفها المختلفة أخذا بتخصيص القضاء ودفعا للحرج والمشقة · يظاهر هذا القول أن إباحة تعدد الزوجات فى الشريعة الإسلامية مقيد

بعدم مجاوزة الزواج من أربع ومشروط بالعدل بين الزوجات والقـــدرة على الإنفاق ، ولئن لم يكن هذان الشرطان من شروط الصحة فينعقـــد الزواج صحيحا رغم تخلفهما ، إلا أن الشخص يكون آثما يحاســبه الله سبحانه وتعالى على الجور وعلى عدم القيام بتكاليف الـــزواج ، فـــإن الخطاب فى هذا الشأن ـ كما هو ظاهر ـ موجه الى المســلمين دون غيرهم ، ويغلب فيه الجزاء الدينى بحيث يستعصى القول بإنسحاب هـذه القاعدة الدينية البحتة على من لا يدين أصلا بالعقيدة التى تستند إليـــها إباحة التعدد ، ويكون إجازة تعدد الزيجات المتعاصرة للمسيحى حتـــى عند اختلاف الملة أو الطائفة بغير سند ٠ وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجعل عمدته فى قضائه إعمال الأحكام الموضوعية للشريعة العامة فى غير حالات انطباقها وأباح تعدد الزوجات للمســيحى رغـم تنافره مع أصل عقيدته فإنه يكون مخالفا للقانون[١] ٠

وقد أكدت محكمة النقض مبدأ حظر تعدد الزوجات بين المســيحيين فى حكم آخر بقولها : " وحيث أن النعى مردود فى وجهه الأول ذلك أنه لما كان مبدأ حظر تعدد الزوجات يعتبر مـن القواعـد الأصيلـة فـى المسيحية على إختلاف مللها وطوائفها المتعلقة بصميم العقيـدة الدينيـة والواجبة الإحترام والخليقة بالإنصياغ فيما بين المسيحين بحيث يعتـبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الأولى باطلا ولو رضـى بـه الزوجان ، ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه ٠ وكان أطـراف الدعوى ممن يدينون بالمسيحية وكانت المطعون عليها زوجة للطـاعن الأول فإن من حقها رفع دعواها ببطلان زواجه بالطاعنة الثانية" [٢] ٠

---

(١) نقض ١٩٧٩/١/١٧ س ٣٠ ص ٢٧٦ ٠

(٢) نقض ١٩٨٦/٤/٢٢ س ٣٧ ص ٤٥٧ ٠

المبدأ الثانـــى

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فى حالة الإختلاف فى الملة أو الطائفة إذا لم يكن أحد الزوجين كاثوليكيا

للزوج المسيحى أسوة بالزوج المسلم الحق فى إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، إذا كانت الشريعة الإسلامية تحكم العلاقة تبعا لعـــدم توافـــر شروط إنطباق الشرائع الطائفية رغم أن قواعد الشرائع المطبقة حاليا لا تعرف الطلاق بمشيئة الزوجين أو أحدهما ، إعتبارا بأنـــه لايجـــوز أن يترك للإرادة حل عقدة الزواج ولما فيه من تحكيم أهواء النفس البشـــرية فيما لا يجوز فيه سيطرة الهوى النفسى والضعف الإنسانى ، لأن الثابت أن الشريعتين اللتين كانتا سائدتين عند ظهور الديانة المسيحية ــ وهمـــا الشريعة اليهودية والقانون الرومانى ــ كانتا تبيحان تراضى الزوجيـــن على إنهاء العلاقة الزوجية وتقران حق الزوج فـــى الطـــلاق بمحـــض إرادته ، وظلت مبادئ هاتين الشريعتين فى هذه المسألة هى السارية مع إنتشار المسيحية يساندها استعمال الكتاب المقـــدس للفـــظ الطـــلاق لا التطليق فى إنجيل متى وتحدثه عن حل وثاق الزوجية حال الزنا ، ولـــم تتم الغلبة لحظر الطلاق بالإرادة المنفردة إلا بعد تسعة قرون فى مجمـــع القسطنطينية المنعقد سنة ٩٢٠ ميلادية حين بـــدأت الكنيســـة تـــزاول اختصاصا قضائيا بتصريح ضمنى من الأباطرة رغم عدم وجود قـــانون يقضى بذلك ، فهو أقرب إلى تنظيم الطلاق وتقييده منـــه إلـــى الغائـــه ومنعه.

وإذ كانت مختلف الشرائع المسيحية الطائفية ــ فيما عـــدا شـــريعة واحدة لها وضع خاص ــ تبيح التطليق على تفاوت فى أســـبابه بيـــن توسعه وتضييق ، وكانت مسألة تطبيق الشريعة العامة لاتثور إلا عنـــد اختلاف الزوجين طائفة أو ملة فإن اللجوء إلى الأحكـــام الموضوعيـــة

للشريعة الإسلامية بإباحة التطليق بالإرادة المنفردة يبدو لازما تبعا لعدم إتاحة مجال للخيرة بين الأحكام الموضوعية لأى من الشرائع الطائفية ، وهى ذات العلة التى كانت تواجه القضاء الملى قبل إلغائه ، فكان يرفض الفصل فى النزاع بين مختلفى الملة لعدم وجود قاعدة موحدة لغير المسلمين ، هذا بالإضافة إلى أنه طالما ترفع الدعوى بطلب إثبات الطلاق الواقع بالإرادة المنفردة وبعرض النزاع على القضاء ليقول قالته فى الشريعة التى تحكمه ، فإن ثبت له توافر شرائط إنطباق الشريعة الطائفية لم يقع الطلاق صحيحا ، وإن استبان تخلف الشروط وخضوع المنازعة لأحكام الشريعة الإسلامية أقر وقوع الطلاق ، فإن هناك توافقا فى النتيجة رغم تغاير الوسيلة ، ومن ثم فلا يمكن قياس هذه المسألة على حالة تعدد الزوجات[1] .

وقضت محكمة النقض فى حكم آخر بأن " مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا ما اختلفا طائفة أو ملة ، ولم يشأ أن يخالف ما استقر عليه قضاء المحاكم الشرعية فى هذا الشأن ، وهى التى كانت تختص بالفصل فى المنازعات بينهم بإعتبارها صاحبة الإختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية فاستبقى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، دفعا للحرج الذى قد يحدث عند الطلاق فى حالة ما إذا كان الزوجان لايدينان بوقوعه ، وتنص الفقرة السابعة منها على أن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، ولا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على اختلاف مذاهبه لايعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، ذلك أن المقصود

---

(١) نقض ١٩٧٩/١/١٧ س ٣٠ ص ٢٧٦ .

من المادة المشار إليها أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم من القاضى ، وأنه لايرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق ، إذ أن الملة الوحيدة التى لاتجيز التطليق هى ملة الكاثوليك" ٠

لا وجه للقول بأن الأقباط الأرثونكس والسريان الأرثونكس متحدان فى العقيدة والملة والمذهب طالما أنهما مختلفان طائفة ٠ ونص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يشترط الإتحاد فى الطائفة والملة مع باقى الشروط التى فرضها لتطبيق شريعتهما الخاصة ، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت لهما جهات قضائية ملية وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أم لم تكن[١] ٠

وقضت محكمة النقض فى حكم آخر بما يأتى :

" وضع المشرع فى المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قاعدة الإسناد فى قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وجعل المناط فيها هو اتفاق الزوجين أو اختلافهما فى الطائفة والملة فنص على القاعدة الأصلية وهى أن تطبق بصفة عامة شريعة البلاد على جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية ولم يستثن من هذه القاعدة إلا حالة ما إذا كان الزوجان متحدى الملة والطائفة ولهما جهة قضائية ملية منتظمة وقت صدور القانون المذكور فتطبق عليهما أحكام شريعتهما الخاصة ما لم تتعارض مع قواعد النظام العام ، وإذا لم تتوافر هذه الشروط جميعها فى الزوجين فإن هذا الإستثناء لايقوم ويتعين تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ٠ فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الزوجين مختلفان فى الطائفة ويدينان بوقوع الطلاق فإن

---

(١) نقض ١٩٧٠/١/١٤ س ٢١ ص ٩٦ ٠

النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون إذ طبق الشريعة الإسلامية يكون على غير أساس ولا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على اختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة .

مؤدى نص الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن دعوى الطلاق لاتسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم من القاضى إذ أن الملة الوحيدة التى لاتجيز التطليق هى ملة الكاثوليك . وهذا النص يؤكد قصد الشارع من أنه لايرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط[1] .

وقضت محكمة النقض فى حكم آخر بجواز إثبات حصول الطلاق طبقا للشريعة الإسلامية بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة . وقد جاء فى هذا الحكم أن الشريعة الإسلامية التى تحكم الزوجية التى كانت قائمة بين المطعون ضدها الأولى والمطعون ضده الثانى – وعلى ماورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – تجيز إثبات حصول الطلاق بجميع طرق الإثبات الشرعية بما فى ذلك البينة[2] .

(ج) التعليق على قضاء النقض :

أقرت محكمة النقض حق الزوج المسيحى – فى حالة اختلاف الطائفة أو الملة – فى أن يطلق زوجته بالإرادة المنفردة ، ورفضت منحه الحق فى أن يعدد زوجاته . مع أن هناك اتجاها فى القضاء

---

(١) نقض ١٩٦٣/٢/٦ س ١٤ ص ٢١٠ .

(٢) نقض ١٩٨٨/١/١٩ س ٣٩ ص ١١٤ .

كان قد ذهب الى اقرار حق الزوج فى الحالتين ، لأن الزوج المسيحى المتفق مع زوجته فى الطائفة والملة لايجوز له أن يعدد زوجاته حيث الارتباط بزواج سابق يعد مانعاً من الزواج فى الشريعة المسيحية ، أما فى حالة الإختلاف فيجب إعمال القواعد الموضوعية فى الشريعة العامة ألا وهى الشريعة الإسلامية ، ومن ثم يكون للزوج المسيحى ـ شأن الزوج المسلم تماماً ـ أن يطلق بالإرادة المنفردة وأن يعدد زوجاته • فالمنطق القانونى المجرد وإعمال النصوص يؤدى الى تلك النتيجة دون تفرقة بين الحالتين •

إلا أن محكمة النقض ترفض هذا المنطق صراحة بقولها : " فإن هناك توافقاً فى النتيجة رغم تغاير الوسيلة ، ومن ثم فلا يمكن قياس هذه المسألة (الطلاق بالإرادة المنفردة) على حالة تعدد الزوجات " • ولكن كيف تبرر محكمة النقض هذه التفرقة ؟

تبرر محكمة النقض التفرقة بقولها " أن مبدأ حظر تعدد الزوجات يعد من الأصول الأساسية فى الديانة المسيحية ، ولايجوز إعمال الأحكام الموضوعية فى الشريعة الإسلامية إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقاً من ديانته وإنحرافاً عن عقيدته وخرقاً لمسيحيته.[١]

وتدلل المحكمة على ذلك بقولها أن هذا يتفق مع مراد المشرع الذى أوردته المذكرة ألإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ومقتضاه ضرورة احترام كافة الشرائع عامة وخاصة وعدم الإخلال بالقواعد الأساسية المتعلقة بصميم العقيدة وبجوهر الديانة •

(١) أحكام الشريعة الإسلامية الموضوعية. وجوب تطبيقها فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفنا طائفة أو ملة. لا محل لأعمال هذه الأحكام إذا تصادمت بجوهر العقيدة المسيحية طالما لا تخالف النظام العام. اعتبار الزواج من المقدسات وسر من أسرار الكنيسة من الأصول الأساسية فى المسيحية خاصة الأرثوذكس. (الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١٩٩٦/١/٨).

ويؤكد ذلك ــ فى نظر المحكمة ــ أن المشرع أورد مبدأ عدم سماع دعوى الطلاق بين الزوجين المسيحيين إذا كان أحدهمـــا منتميـــاً إلـــى المذهب الكاثوليكى الذى لايدين بوقوع الطلاق ، إحتراماً لمبدا أصيـــل متعلق بجوهر العقيدة الكاثوليكية ، ودفعاً للحرج والمشقة .

وتضيف المحكمة حجة أخرى مقتضاها أن إباحة التعـــدد مشـــروط بالعدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق ، وإلا كان الشـــخص آثمـــاً يحاسبه الله سبحانه وتعالى على الجور وعلى عدم القيام بتكاليف الزواج والخطاب فى هذا الشأن موجه إلى المسلمين دون غيرهم ويغلـــب فيـــه الجزاء الدينى بحيث يستعصى القول بإنسحاب هذه القاعدة الدينية البحتة على من لايدين أصلاً بالعقيدة التى تستند اليها إباحة التعدد .

هذا التبرير الذى تورده محكمة النقض **يثـــير لدينـــا الملاحظـــات الأتيـــة:**

أولاً : وضعت محكمة النقض قيداً على تطبيق الشريعة الإسلامية فـــى النزاع الخاص بغير المسلمين مقتضاه عدم المساس بالأصول الأساســـية فى الديانة المسيحية . أى أن المحكمة فرقت بين الأصـــول الأساســـية والأصول غير الأساسية ، وإعتبرت الأولى بمثابة قواعد آمرة تتعلـــق بالنظام المسيحى لايجوز المساس به لإرتباطه بالعقيدة .

واعتبرت مبدأ عدم تعدد الزوجات من الأصول الأساسية بينما حظر الطلاق بالإرادة المنفردة ليس من تلك الأصول وأباحت مخالفته وبالتالى يجوز للمسيحى أن يطلق بإرادته المنفردة .

وتبرر المحكمة عدم إعتبار مبدأ حظر الطلاق الإرادى أصلاً أساسياً من أصول الشريعة بسبب تاريخى مقتضاه أن الطـــلاق الإرادى كـــان معروفاً لدى اليهود والرومان عند ظهور المسيحية واستمر سارياً فـــى ظل انتشارها بل أن انجيل متى استعمل لفظ الطلاق لا التطليق .. ولم

تتم الغلبة لحظر الطلاق بالإرادة المنفردة إلا بعد تسعة قرون فى مجمع القسطنطينية ، فهو أقرب الى تنظيم الطلاق وتقييده منـــه إلـــى الغائـــه ومنعه ٠

ثانياً : أن القيد الذى أوردته محكمة النقض علـــى تطبيـــق الشـــريعة الإسلامية ليس له سند من النصوص ، وتدعى المحكمة بأنـــه تطبيقـــاً للروح العامة للتشريع ، وهذا ما لايمكن التسليم به لأن القيد أو الحظـــر يعد بمثابة الاستثناء الذى لايجوز إعماله إلا بنص صريح ٠

وقد أورد المشرع هذا النص ــ كقيد على تطبيق الشريعة الإسلامية على المسيحيين ــ بالنسبة لدعوى الطلاق التى يكون أحد الزوجين فيها من الكاثوليك ٠ وهذا استثناء لايمكن التوسع فيه أو القياس عليـــه كمـــا فعلت المحكمة ، بل أن هذا الاستثناء يؤكد وجود القـــاعدة وعموميـــة تطبيقها ، ولو أراد المشرع استثناءاً آخر لكان قد أورد نصاً مماثلاً ٠

ثالثاً: أن التفرقة التى اقامتها المحكمة بين الأصول الأساسية والأصول غير الأساسية فى الشريعة المسيحية أمر لايستقيم ، لأن ذلك أقحام لـــها كهيئة قانونية فى أمور دينية تتصل بالعقيدة ودراسات تاريخية تبعد عـــن اختصاصها ٠ فليس من البديهى اعتبار حظر الطـــلاق الإرادى أمـــر لايتعلق بالأصول الأساسية بينما جميع الطوائف المسيحية تقـــر هـــذا الحظر وتأخذ به ، والتفرقة بين هذا الحظر وحظـــر تعـــدد الزوجـــات استناداً إلى إعتبارات تاريخية ليس أمراً صحيحاً ، إذ مـــن الثـــابت أن كلاهما قد مر بتطورات معينة فى التاريخ المسيحى ٠

رابعاً : تبرر المحكمة عدم تطبيق تعدد الزوجات على المسيحيين بأن شرط التعدد العدل بين الزوجات والجزاء فيه دينى وهو خطاب قـــاصر على المسلمين فقط والأخذ بمنطق المحكمة هذا يؤدى بنا الى الإمتنـــاع عن تطبيق كل احكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين لأن فكـــرة الإثم أو الجزاء الدينى يكمن وراء مخالفة أى حكم من أحكامها حتى مع

وجود الجزاء الدنيوى ٠

وبالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة تقول الآية الكريمة **﴿فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾** ، **﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾** ٠٠ ومن ثم كان حريا بالمحكمة – جريا وراء منطقها – أن تسوى فى الحكم بين الحالتين ، ولكنها حظرت التعدد على المسيحى وأباحت له الطلاق الإرادى ٠

خامسا : أن السبب الحقيقى للتفرقة بين الحالتين فى رأينا هو الوضع الإجتماعى المصرى ، حيث لازال ينطوى على قدر كبير من الحساسية الدينية ذات الطابع الطائفى المصحوب بالتعصب ٠ حيث أدت الأحكام القضائية الصادرة بإباحة تعدد زوجات المسيحى الذى يختلف عن زوجته فى الملة والطائفة ، الى الكثير من التذمر والقلاقل فى الأوساط المسيحية على نحو كاد يهدد الوحدة الوطنية والسلام الإجتماعى ٠ لذا فنعتقد أن حكم النقض يعد انطلاقا من الواقع ومن قبيل الحفاظ على أمن الجماعة وسلامتها ، إلا أن المحكمة لاتعبر عن ذلك فى الحكم ، بل تستر ذلك بالغطاء القانونى المناسب ٠

(د) وحدة التشريع وحرية العقيدة :

إن وحدة التشريع المطبق فى الدولة أمر يتعلق بسيادتها ونهضتها والإستقرار القانونى القائم على المساواة بين المواطنين فيها ، وليس فى ذلك تعارض مع حرية العقيدة التى تتمثل فى علاقة تكمن بين العبد وربه ٠ فالمعاملات هى جوهر التشريع ، بينما العبادات هى محور العقيدة ٠

فالتشريع عندما يصدر يتأثر بالواقع الإجتماعى والإقتصادى القائم ٠ حقا أن النزعة الدينية الغالبة كثيرا ما تؤخذ فى الحسبان عند صياغة

القانون خاصة فى مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن ذلك أمر يقتضيه المنطق الإجتماعى القانونى والنزعة الديمقراطية • وأيا كان أصل التشريع وجذوره فإنه بمجرد صدوره يصبح قانونا علمانيا بحتا ليطبق على الجميع دون حساسية دينية أو إعتبارات عقائدية •

وهذا هو حالة غالبية قوانين الأحوال الشخصية فى الدول الأوربية ، حيث اصطبغت فى نشأتها بالشريعة المسيحية إلا أنها أصبحت قوانين علمانية تطبق على الجميع أيا كانت ديانتهم • فالمسلم الأوربى لايستطيع أن يعدد زوجاته أو أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، ولم يقل أحد أن ذلك يعد تعصبا أو إنتهاكا لحرية عقيدته ، فهذا هو منطق الديمقراطية حيث تسرى شريعة الأغلبية ، والوحدة الوطنية تقتضى تطبيق شريعة واحدة لاشرائع متعددة •

وعندما قام المشرع المصرى بتوحيد جهات القضاء وغالبية قوانين الأحوال الشخصية عد ذلك خطوة محمودة فى طريق النهضة القانونية ، وإصلاح ضرورى من أجل سيادة الأمة ووحدتها الإجتماعية ، ولم يقل أحد أن فى ذلك إهدار لحرية العقيدة •

وسنرى أن القضاء من الناحية العملية يطبق نفس الحلول فى مسائل الأسرة المسموح فيها بالتعدد حتى الأن • ويكمن الخلاف كما قلنا فى مسألتى الطلاق وتعدد الزوجات • فبالنسبة للطلاق يسمح به القضاء الآن للمسيحى الذى يختلف عن زوجته فى الطائفة أو الملة وأصبح أمرا مألوفا لكل من يرغب فيه • أما عن تعدد الزوجات فتلك ظاهرة تكاد تكون قد انقرضت أو فى طريقها الى الانقراض بسبب الظروف الإجتماعية والاقتصادية للمجتمع المعاصر ، وجاء قانون الأحوال الشخصية الجديد لينظمها بطريقة تكاد تقضى عليها من الناحية الواقعية، ومن ثم فلم تعد هناك عقبات جادة فى طريق التوحيد •

وإحترام العقيدة أمر كامن فى نفوس الأفراد تلقائيا دون حاجة الـــى تشريع يلزمهم بذلك • فالمسيحى الذى يرغب فى أن يعدد زوجاتـــه أو يطلق بإرادته المنفردة لن يمنعه التشريع القائم من ذلك إذ يكفيه أن يغير عقيدته ولو شكلا ، ولاشك أن فى ذلك تلاعـــب بالأديـــان والعقـــائد • والعكس صحيح ، بالنسبة للمسيحى الذى يريد الإلتزام بديانته والاقتصار على زوجة واحدة والإلتزام بقواعد التطليق ، فهو سيطبق تلك الأحكـــام من تلقاء نفسه حتى لو كان هناك تشريع يسمح له بغير ذلـــك ، ولـــن يلومه أو يجبره أحد على هذا المسلك ، وقواعد الميراث الآن موحـــدة ، ولكن هذا لا يمنع من اتفاق جميع الورثة على توزيع الميراث بطريقـــة مختلفة •

خلاصة القول أنه يجب عدم الخلط بين وحدة التشريع وحرية العقيدة فكلاهما أمر مكفول فى أى مجتمع متحضر ولاتناقض بينهما ، فـــالوحدة أمر يتعلق بالمعاملات وترتبط بها سيادة الأمة وكيانـــها الإجتمـــاعى ، والحرية أمر ضرورى لكرامة الفرد وآدميته •

تطبيقات قضائيـــة :

* دب الخلاف بين زوجين من الأقباط الأرثوذكس ، فقدم الزوج طلبا إلى الكنيسة الإنجيلية فى ١٩٧١/٧/٢١ طالبا الإنضمام إليها، وحصـــل على شهادة تفيد انضمامه الى الجهة الجديدة فى ١٩٧١/٨/٢٥ ، وفـــى ١٩٧١/٨/٢٧ أوقع الزوج بزوجته الطلاق بالإرادة المنفردة أمام هيئـــة المحكمة وطلب منها الحكم بصحة هذا الطلاق ، نازعت الزوجـــة فـــى صحة الطلاق استنادا إلى أنها انضمت هى الأخرى لنفس الطائفة فـــى ١٩٧١/٨/٣٠ وأصبحت متحدة معه فى الطائفة والملة ، ومن ثم تطبـــق الشريعة الإنجيلية التى لاتجيز الطلاق •

حكمت المحكمة بأنه " إذا كان الثابت أن المطعون عليه انضم الـــى

طائفة الإنجيليين قبل رفع الدعوى وبذلك أصبـــح وزوجتـــه الطاعنـــة مختلفى الطائفة فإن الحكم يكون قد التزام صحيح القانون بتطبيق أحكـام الشريعة الإسلامية التى تجيز إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة دون إعتداد بتغيير الطاعنة لطائفتها والإنضمام الى طائفة المطعون عليه أثناء سـير الدعوى ٠٠ فالمشرع أراد أن يتخذ من سير الدعوى وانعقاد الخصومـة فيها ، وهو وصف ظاهر منضبط ، لا من مجرد قيام النزاع ، مناطـــا يتحدد به الإختصاص والقانون الواجب التطبيـــق علـــى أفرادهـــا ٠٠ فالدعوى قائمة منذ البداية على اختلاف الطرفين طائفة وأن مـــن حـــق الزوج ايقاع الطـــلاق ٠

* عقب الخلاف بين زوجين من الأقباط الأرثوذكس ، غير الـــزوج طائفته وانضم الى طائفة السريان الأرثوذكس ، ثم أوقع الطلاق بإرادته المنفردة ٠ نازعت الزوجة فى صحة هذا الطلاق ، اســـتندت الـــى أن تغيير الزوج لعقيدته لم يكن بنية صادقة بل للتحايل على القانون والكيـد منها ، بدليل أنه قد تم أثر قيام النزاع بينهما ، وأنها هى الأخـــرى قـد انضمت الى نفس الطائفة وأصبحت متحدة معه فى الطائفـــة والملـــة ، وطالبت الزوجة ــ على سبيل الإحتياط ــ بالتعويض عـــن الأضـــرار التى أصابتها من تغيير الزوج لعقيدته التى تزوجته عليها ومن ايقـــاع الطلاق الإرادى بها ٠

قررت المحكمة بأنه " من المقرر أن عبء إثبات اختلاف الملـــة أو الطائفة أو تغييرها يقع على من يتمسك به بإعتباره مدعيا عكس الثـابت أصلا ، وأنه يجرى على أساس إثبات أن كلا من الطرفين ينتمى إلـــى ملة وإلى طائفة تغاير تلك التى ينتمى إليها الآخر وهذه واقعة ماديـــة ، حقا قد يكـــون للإرادة دور فى هذا الإنتماء ، إذ أنه يجوز للشـخص أن يغير ملته أو طائفتـــه سواء بقصد تعديل الاختصـــاص التشـــريعى أو بغير ذلك، ولكـــن ليس لهذا من أثر على تكييف الاختـــلاف بأنه واقعة

مادية ٠

وإذا كان هذا الإختلاف مجرد واقعة مادية فإنها تثبت بكافة طـــرق الإثبات عن طريق البينة والقرائن والإقرار ، فقد يستند على ماورد فـــى شهادة الميلاد من بيانات ، وقد يجدى فى ذلك شهادة من الكنيسة أو القيد فى سجلاتها ، وإذن فكل أدلة الإثبات قد تجدى ٠ وعلـــــى أيـــة حـــال فللمحكمة أن تقدر قيمة الأدلة المقدمة ، ولها أن تأخذ بواحد منها متـــى اطمأنت إليه وتطرح الباقى ٠

واستخلاص قاضى الموضوع تغيير الإنسان لدينـــــه أو مذهبـــه أو طائفتـــه هى مسألة واقع يستقل بها ولا تراقبه فيها محكمة النقض مادام استخلاصه قد جاء سائغا له أصله الثابت فى الأوراق ٠

ومن المقرر أن مجرد تعميد الشخص أمام كنيسة معينة لايكون بذاته قرينة قاطعة على إنتماء الشخص إلى طائفة هذه الكنيسة ، فقد يتم هـــذا على سبيـــل البركة مع بقاء الفرد محتفظا بطائفته الأصلية طالما أن هذا كان ثابتا بصورة مؤكدة ٠

وتغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ومن ثم فهو ينتـــج أثره بمجرد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجيـــــة الرســـمية ولايتوقف على إخطار الطائفة القديمة أو موافقتها ٠٠ والتغيـــير عمـــل إرادى من جانب الجهة المختصة لايتم بمجرد الطلب وإبداء الرغبة بـــل بقبول الإنضمام إلى الطائفة أو الملة الجديدة ٠

ولايجوز البحث عن الباعث على إعتناق الدين الجديد ، ذلـــك لأن الإعتقاد الدينى مسألة نفسية محضة ولايمكن لأى جهة قضائية البحـــث فيها إلا عن طريق المظاهر والإجراءات الرسمية التى يتطلبها القانون ، وتترتب الآثار الخاصة بتغيير الدين من وقت وقوعه بصرف النظر عن

وجود التحايل أو عدم وجوده ٠

والتغيير يعد مسلكا مشروعا ومن ثم لايمكن المطالبة بالتعويض عن التغيير فى ذاته أو مايترتب عليه من آثار قانونية ، ولكن عن الأفعال المصاحبة له والمستقلة عنه طبقا للمبادئ العامة فى المسئولية المدنية ٠

وحيث أنه من الثابت أن الزوج قد انضم الى طائفة السريان قبل رفع الدعوى وأصبح مختلفا فى الطائفة مع زوجته التى لم يتحقق انضمامها إلى الطائفة المذكورة إلا بعد سير الدعوى وهذا ما لايعتد به، وعلى هذا تكون الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق ويجوز للزوج أن يستعمل حقه فى الطلاق بالإرادة المنفردة ٠

ولم تقدم الزوجة مايثبت صدور أفعال من جانب الزوج تشكل ركن الخطأ المستوجب للتعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية٠

وبالتالى يتعين رفض طلب الزوجة بتطبيق الشريعة السريانية لوجود اختلاف فى الطائفة لحظة رفع الدعوى ،ويتعين رفض طلب التعويض كذلك ٠

* عندما بدأت بوادر الشقاق بين زوجين من الطائفة الإنجيلية هدد الزوج زوجته بأنه سيغير الطائفة ويطلقها بإرادته المنفردة فسارعت الزوجة بالإنضمام إلى المذهب الكاثوليكى ٠ أدعى الزوج أنه قد أصبح هناك اختلاف فى الملة ومن ثم تطبق الشريعة الإسلامية ، وطلق زوجته بإرادته المنفردة ، فهل يقع الطلاق صحيحا ؟ وهل يختلف الأمر إذا اعتنق الزوج الإسلام اثناء سير الدعوى ؟

الثابت أن الشريعة الإسلامية تطبق فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا اختلفا طائفة وملة ،

ولكن المشرع دفعا للحرج الذى قد يحدث عند الطلاق فى حالة ما إذا كان الزوجان لا يدينان بوقوعه ، نص على انه " لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان يدينان بوقوع الطلاق .

فالشارع قصد التفرقة بين الطوائف التى تدين بوقوع الطلاق ، فأجاز سماع الدعوى بالنسبة لها دون تلك التى لاتدين بالطلاق فمنع سماع دعوى الطلاق بالنسبة لمن ينتمى إليها دفعا للحرج والمشقة ، لما كان ذلك وكان المذهب الوحيد الذى لايجيز التطليق فى المسيحية هو المذهب الكاثوليكى على اختلاف ملله ، ويبين مما أورده الحكم أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية استخلصت أن الزوجة انضمت الى المذهب الكاثوليكى قبل رفع الدعوى ومن قبل ايقاع الزوج طلاقها بإرادته المنفردة واستندت الى أدلة سائغة لا مخالفة فيها للثابت فى الأوراق ، ومن ثم فإن الحكم الذى قضى بعدم سماع الطلاق يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح .

والقيد السابق خاص بغير المسلمين ، أما إن كان الزوج مسلما فتطبق الشريعة الإسلامية ، ويستطيع الزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ولو كانت الزوجة من الكاثوليك .

وإذا كان تغيير العقيدة إلى غير الإسلام لايعتد به إلا إذا تم قبل رفع الدعوى ، فإن التغيير إلى الإسلام يرتب أثره فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ، سواء قبل رفعها أم أثناء سيرها أمام القاضى .

وعلى هذا فدخول الزوج الإسلام أثناء نظر الدعوى يعتبر صحيحا ويترتب عليه تطبيق الشريعة الإسلامية ويمكن للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة .

ومن المقرر شرعا أنه يكفى النطق بالشهادتين لإعتبار الشخص مسلما شرعا وسريان أحكام الإسلام عليه بدون حاجة إلى إعلان هذا الإسلام رسميا أو إتخذا أى إجراء آخر لإعتباره فى عداد المسلمين ٠ والمستقر عليه أن الإعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الأقوال بظاهر اللسان والتى لايجوز لقاضى الدعوى أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها أو دواعيها ٠

* أثر شقاق بين زوجين من الأقباط الأرثوذكس ، انضم الزوج الى الطائفة السريانية ، سارعت الزوجة وانضمت الى نفس الطائفة ، عاد الزوج من جديد وانضم الى الطائفة الأصلية (الأقباط) وأوقع الطلاق بإرادته المنفردة ، تقدمت الزوجة بشكوى الى الكنيسة القبطية تكشف فيها عن تلاعب زوجها بعقيدته تحايلا على القانون وكيدا بها ، فأبطلت الكنيسة انضمامه اليها ٠

نازعت الزوجة أمام المحكمة فى صحة الطلاق استنادا إلى أن الزوجين ينتميان إلى نفس الطائفة السريانية (بعد ابطال الكنيسة القبطية انضمام الزوج اليها بأثر رجعى) وهى لاتجيز الطلاق ٠ دفع الزوج بعدم صحة ابطال الكنيسة انضمامه الجديد اليها ٠

المقرر أن للجهات الكنسية سلطة البحث فى دوافع وبواعث تغيير العقيدة لقبول الانضمام اليها بداءة ، كما أن لها أيضا تتبع مدى سلامة الانضمام بعد حصوله بمعنى أن لها أن تبطله وتعتبره كأن لم يكن متى استبان لها أن الشخص كان عند انضمامه سيئ النية ولم يستهدف من التغيير إلا التحايل على القانون ٠ شريطة أن يكون سبب الإبطال معاصرا لقرار الإنضمام وليس لاحقا عليه فينبسط الإلغاء عندئذ بأثر رجعى ويعتبر باقيا على مذهبه القديم وكأن تغييرا لم يحدث ٠

وتستقل الجهة الدينية بإصدار القرار دون أن تقدم عنه حسابا أمام

القضاء أو أمام أية سلطة زمنية ــ فذلك يندرج فى صميم الأعمال الدينية الباقية للجهات الكنسية ــ وهى لاتكون ملزمة بتسبيبه أو تضمينه المبرر لإبطاله بعد سبق قبوله •

ولقاضى الموضوع مراقبة الظروف التى حدت بالجهة الدينية الى إبطال قرار الإنضمام ــ أيا كان الوصف الذى تطلقه عليه ــ للتحقق من صدوره فى نطاق السلطات الكنسية الباقية لها وأنه مبنى على أساس سوء نية طالب الإنضمام عند تقديم طلبه وان مرده الى سبب مصاحب لقرار الإنضمام ومعاصرا له وليس مبعثه سلوك الشخص فى فترة لاحقة على إنتمائه سليما بإعتبار ذلك مسألة تكييف تتعلق بتطبيق القانون على واقعة الدعوى •

والثابت أن المطعون عليه (الزوج) غير عقيدته على التوالى ثم أوقع الطلاق مباشرة على الزوجة مما يستشف معه ظهور نية التحايل لديه ، الأمر الذى دفع رئاسة الجهة الدينية التى انضم اليها مؤخرا (القبطية) الى إبطال انضمامه بأثر رجعى فى حدود السلطات الباقية لها ، فإنه يترتب على ذلك أن تغييرا لم يحصل فى طائفته بل يظل كما كان سريانيا ولاتطبق الشريعة الإسلامية ، لإتحاد الزوجين فى الطائفة والملة ، وبالتالى لايجوز للزوج ايقاع الطلاق بإرادته المنفرده •

الفصل الثانى

إنشاء عقد الزواج

تمهيـــــد :

يعتبر الزواج — فى القوانين الحديثة — من الحريـــات الأساســية للإنسان ، وتنظم أحكامه بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فكل ما من شأنه أن يشكل مساساً بتلك الحرية أو مخالفة لتلك القواعد يعتــبر باطلاً • وذلك كأن ينص فى عقد العمل على اشتراط عدم زواج العامل أو العاملة ، أو كوجود اتفاق أو شرط بين الزوجين بعـــدم الإنجــاب ، فمثل هذه الشروط تعد باطلة •

ويعد الزواج النواة الأولى للأسرة • ولاشك فى أهمية الأسرة فـــى الجماعة من الناحية الإجتماعية والتربوية والاقتصادية ، لـــذا حــرص المشرع على شمولها برعايته وحمايته القانونية •

وقبل دراسة أحكام الزواج المسيحى المطبقة فى القانون المصـــرى نعرض فى البداية لطبيعة هذا الزواج وخصائصه •

خصائص الزواج المسيحـــى :

يتميز الزواج المسيحى بعدة خصائص هى :

١ - الطابع الدينــــى :

يعتبر الزواج المسيحى ذو طبيعة دينية ، فـــهو لا يتــم ولاينعقــد صحيحاً إلا إذا تم على يد كاهن وطبقاً للطقوس الدينية المقررة ، مـــع تلاوة الصلوات ، فهو يعتبر من المقدسات ، لذا يلزم تدخل رجل الديــن

لإتمامه ، ومن ثم يجب أن يتم فى الكنيسة •

فالنص على أن " الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط بــــه رجــل وأمرأة إرتباطاً علنياً طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصـــد تكوين أسرة جديدة للتعاون على شئون الحياة " يدل على أن الزواج فــى شريعة الأقباط الأرثوذكس نظام دينى لايكفى لإنعقاده توافر الشــــروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وإنتفاء الموانع دائماً وإنما يلــزم أن يتم الزواج علناً وفقاً للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الإكليــل إعتباراً بأن الصلاة هى التى تحل النساء للرجال والرجال للنســاء وإلا كان الزواج باطلاً •

والزواج الدينى على هذا النحو يرتب عليه القانون آثــاره كاملــة ، وجدير بالذكر أن الزواج فى الدول الحديثة يتطلب إنعقاد الــزواج فــى صيغة مدنية أى أمام موظف رسمى أو شخص مكلف بخدمـــة عامــة (المأذون فى مصر بالنسبة للمسلمين) ، أما الزواج الدينى بالكنيسة فهو أمر اختيارى للأطراف يمكنهم اتمامه على سبيل البركة ، إلا أنه لايغنى عن الزواج المدنى •

وهذا ما نأمل أن يتم فى مصر ، وذلك بتوحيد القانون علـــى نحــو يُشترط فيع إنعقاد الزواج فى صورة مدنية ، وترك الصيغـــة الدينيــة لحرية الأفراد حيث يجرونها طبقاً لمعتقداتهم الخاصة •

٢ - *الزوجة الواحدة :*

تقوم الشريعة المسيحية على مبدأ عدم تعدد الزوجات ، لذا تســمى بشريعة الزوجة الواحدة • والمنع المقصود هو المنع المتعاصر للتعــدد بمعنى أنه لايجوز الجمع بين أكثر من زوجة فى آن واحد •

ومن ثم فإن الزواج الثانى جائز ، أى يمكن للزوج الزواج مرة ثانية

بعد الترمل ، إلا أنه غير مستحسن ، لذا لاتمنحه الكنيسة بركة الإكليل بل مجرد صلاة استغفار • أما الزيجة الثالثة أو الرابعة فهى أمر مكروه•

٣ - الطابع الأبدى :

تتسم الرابطة الزوجية بطبيعة مقدسة وهى سر من أسرار الكنيسة السبعة ويحرم على بنى الإنسان التعرض لها أو حل عقدتها لأن ماجمعه الله لايفرقه انسان •

فجميع المذاهب المسيحية لاتجيز الطلاق بوصفه حقاً للرجل مرتبطاً بمحض إرادته ، فالزواج لايحل إلا بحكم القاضى ولأسباب محددة • أى أن الشريعة المسيحية لاتعرف الطلاق بوصفه مشيئة لأحد الزوجين أو لكليهما ، بل تأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق ، فلا يفسخ العقد إلا بحكم القاضى ولأسباب بعينها •

٤ - نظام قانونى :

ثار الخلاف حول تحديد الطبيعة القانونية للزواج بصفة عامة فى الشرائع الحديثة •

ذهب اتجاه الى تكييف الزواج بأنه عقد يتم من خلال تلاقى إرادتى كل من الزوج والزوجة •

هذا القول منتقد لأن الزواج وإن كان عقد يتم بتلاقى إرادة طرفية بنية الإرتباط بينهما ، إلا أن هذا العقد ليس كسائر العقود ، إذ لاتكفى إرادة الأطراف لإنشائه بل لابد من تدخل الكاهن أو موظف الدولة ، وليس لهما حرية تحديد أحكامه وآثاره ، إذ أن ذلك منظم بنصوص قانونية ملزمة ، لايجوز الإتفاق على عكسها ، ولا يستطيع الأفراد إنهاء الزواج بمجرد تراضيهما ، بل يلزم تدخل السلطة القضائية أو الدينية •

لذا ذهب آخرون إلى القول بأن الزواج يعتبر نظاماً قانونياً أى من صنع القانون ، فقواعده وأحكامه نظمها القانون ولايمكن الاتفاق على مايخالفها • وكل ما تقوم به إرادة الزوجين هو تقرير الانضمام الى هذا النظام القانونى وليس تحديد مضمونه •

ويعيب هذا الإتجاه أنه يغفل دور الإرادة تماماً فى الزواج ، حقاً أن هذا الدور ليس كبيراً إلا أنه قائم بجانب النظام الذى يضفيه القانون على الزواج •

وعلى هذا فالراجح هو إعتبار الزواج نظاماً مختلطاً فهو عقد ، يعبر فيه الأطراف عن رغبتهما فى الدخول فى نظام قانونى تحدد قواعده السلطة العامة المختصة •

فلا بد من توافر شروط ابرام العقد أى قيام التراضى الصحيح • ونظراً لأهمية هذا العقد وخطورة آثاره من الناحية الإجتماعية تتدخل السلطة العامة بتنظيم الكثير من مضمونه وأحكامه بقواعد آمره لايجوز الاتفاق على ما يخالفها •

ويجرى القضاء على التركيز على هذا الجانب الآمر لأهميته من خلال عبارة ثابتة بقوله " أن الزواج لدى المسيحيين نظام قانونى وليس عقداً ، وأن القواعد التى يتكون منها هذا النظام تعتبر عندهم من القواعد الآمرة التى لايملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها " •

ونتناول أحكام الزواج المسيحى فى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : إنشاء عقد الزواج •

الفصل الثانى : التنظيم القانونى للعلاقة الزوجية •

الفصل الثالث : زوال الزواج •

ونتناول أحكام انعقاد الزواج المسيحى فى خمسة مباحث :

المبحث الأول : الخطبـــة

المبحث الثانى : موانع الزواج

المبحث الثالث : التراضى على الزواج

المبحث الرابع : شكل الزواج واثباته

المبحث الخامس : جزاء تخلف شروط انعقاد الزواج.

المبحث الأول

الخطبـــــة

طبيعة الخطبـــــة :

تحتل الخطبة مكانة إجتماعية هامة كمقدمة للزواج • تـــزداد تلــك الأهمية بروزا فى المجتمع المعاصر نظـــرا لتعقـد الحيـاة الحديثـة واتساعها، فهى تعطى للطرفين مكنة للتعارف والتقارب قبل الدخول فى إطار العلاقة الزوجية • ويبدو الأمر أكثر حيوية بالنسـبة للمسـيحيين حيث يتصف الزواج بالطابع الأبدى ، لذا فمن الضرورى بمكان إتاحـة الفرصة للخطيبين لتبين مدى امكانية العيش معا فـــى علاقـة زوجيـة دائمة•

نظمت الشرائع الطائفية الخطبة على نحو يوحـــى بأنـــها عقـد ذا طبيعة ملزمة • بل أنها استخدمت لفظ العقد فعلا عنـد الحديـث عــن الخطبة ، واستلزمت شروطا معينة لإنعقادها ، من هذه الشروط ماهو ذا طبيعة موضوعية ومنها ماهو ذا طبيعة شكلية ، كضرورة أفراغها فـــى وثيقة رسمية ، بعد اتمامها فى الكنيسة وفقا لطقوس دينية معينة تقربنـــا كثيرا من عقد الزواج ، خاصة وأنه يلــزم لإتمامــها نفـس الشــروط الموضوعية كتوافر الرضا الصحيح بين الخطيبيـــن وإنتفـاء الموانـــع بينهما•

ومثل هذه الشروط المنظمة لإنعقاد الخطبة وآثارها لاتمثل أهميـــة عملية تذكر لسببين :

الأول : الخطبة بطبيعتها غير ملزمة ، ومن ثم يمكن العـــدول عنـــها سواء أكانت صحيحة أى انعقدت طبقا للشكل الدينى أم عادية• فالحديث عن صحة الخطبة أو بطلانها لتخلف شرط من شروط انعقادها يعـــدوا

أمرا لاقيمة له من الناحية العملية .

الثانى : تدخلت محكمة النقض وأرست عدة مبادئ لتنظيم الخطبة بطريقة نابعة من الواقع المصرى دون تأثر بالشرائع الدينية القائمة . فبالرغم من أن الخطبة تعتبر من صميم مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن محكمة النقض أضفت عليها الطابع المدنى بقصد توحيد أحكامها بالنسبة لكافة المصريين وتفادى التعدد القائم بين الشرائع الدينية .

ولعل المحكمة رفضت تطبيق أحكام الشرائع الطائفية لأنها منظمة بطريقة تضفى على الخطبة طابعا إلزاميا ولو بطريقة غير مباشرة ، وهذا مايتعارض مع المبادئ الأساسية المتعلقة بحرية الزواج وتلك مسألة تتصل بالنظام العام .

فالطبيعة غير الملزمة للخطبة أمر يتفق مع الغاية منها ، لذا تجمع الشرائع الحديثة على أنها ليست عقدا بل هى تمهيد له ، ومن ثم لايترتب عليها إلتزام بإتمام الزواج ، ولاتقيد أحدا من المتواعدين به .

وعلى هذا فإن دراستنا للخطبة ستقتصر على المبادئ القانونية التى أرساها القضاء فى هذا الشأن وتعتبر خطوة محمودة على طريق توحيد مسائل الأحوال الشخصية التى عجز المشرع عن إنجازه .

تدور تلك المبادئ حول الجوانب التى تثور فى الواقع العملى فى حالة إنحلال الخطبة ، وتتمثل فى أحقية العدول ، وإمكانية التعويض عنه، ومصير الهدايا والمهر .

المطلب الأول
العدول عن الخطبة والتعويض

الفرع الأول

حرية العدول عن الخطبة

ذهبت بعض المحاكم فى البداية إلى القول " بأن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لايمكن تجاهلها ، كما لايمكن إغفال اعتبارها ولاتجريدها من أى تقدير قانونى ، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهى ارتباط قانونى وعقد قائم ، وقد كان هذا الوعد ثابتا بين طرفى النزاع المطروح كتابة مما استلزم لفسخه إجراءا خاصا بالإلتجاء إلى المجلس الملى الفرعى بمصر ، وفى هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم ، وأنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب الوفاء بالإلتزام عينا ــ أى إجراء التعاقد النهائى ــ لأن الوعد بالتعاقد لاينشئ إلا حقا شخصيا إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الإلتزام يوجب التعويض ، وليس فى هذا مايمس حرية الزواج اطلاقا إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده(١) ".

هذا القضاء يقرر أن الخطبة عقد أو وعد بالتعاقد ملزم للجانبين لايمكن فسخه إلا بمبرر أمام القضاء ، على أن يكون ذلك مقابل تعويض عن الأضرار الأدبية والمادية يلتزم بدفعه من يعدل الى الطرف الآخر .

أن هذا القول منتقد لأنه يتعارض مع طبيعة الخطبة وغايتها ، حيث وجدت لإعطاء الفرصة للطرفين لدراسة كل منهما للآخر عن بصيرة وبحرية كاملة ، وهذا مايستشف ضمنا من إرادة الأطراف عند الدخول

---

(١) القاهرة الإبتدائية ١٩٥٢/٦/١٧ .

فى الخطبة ، والقول بغير ذلك يعد مساسا بمبدأ أساسى يتعلق بالنظام العام ألا وهو حرية الزواج وضرورة قيامه على الإختيار ٠

لهذا استقر القضاء على " أن الخطبة أو الوعد بالزواج ليس إلا تمهيدا لرابطة زوجية لايقيد أحدا من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل فى أى وقت شاء ٠ إذ لا مراء فى أنه يجب أن يتحقق كامل الحرية فى إجراء عقد الزواج الذى له خطره فى شئون المجتمع ، وأنه لكلا المتواعدين على الزواج مطلق الحرية فى العدول عنه من غير أن يترتب على هذا العدول إلزام بتعويض ما[١] "٠

بل أن القضاء يذهب إلى أبعد مدى فى تأكيد حرية العدول حيث لايشترط وجود مبرر لهذا العدول أو مجرد بحث أسبابه وذلك " أن تحرى العوامل التى دعت الى فسخ الخطبة والظروف التى لابست هذا الفسخ يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية والإعتبارات اللصيقة بحريات الناس " ٠

وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية منذ أمد بعيد على نفى الطبيعة العقدية للخطبة ، فهى ليست عقدا ولاترتب أى إلتزام بإتمام الزواج ، بل هى مجرد حالة واقع لايتولد عنها أى إلتزام قانونى ٠

وتستند المحكمة فى أن القول بمثل هذا الإلتزام يشكل مخالفة لمبدأ حرية الزواج الذى يعد من النظام العام ٠ هذا بالإضافة إلى أن إعتبار الخطبة عقد معناه أن موضوع هذا العقد هو التعهد بإبرام الزواج فى المستقبل ، والزواج أمر يخرج عن دائرة التعامل ومن ثم فلا يجوز أن يكون محلا للعقد ٠

(١) نقض ١٩٩٣/١٢/١٤ المحاماة س ٢٠ ص ٧٦٠ ٠

الفرع الثانى

التعويض عن الخطبـة

إذا كان الإجماع قد انعقد على عدم لزوم الخطبة ، إلا أن الخلاف قد ثار حول مكنة مطالبة الطرف الذى يعدل عن الخطبة بالتعويض إذا مـا أصيب الطرف الآخر بأضرار معينة مادية أو أدبيــة ، فكيــف يمكــن تأسيس التعويض فى هذه الحالة ، وهذا كله يثير التساؤل حــول مــدى المسئولية عن العدول عن الخطبة .

واستقرت محكمة النقض الفرنسية على أن الخطبة ليست عقد بــل حالة واقعية ، ومن ثم فإنه لايمكن الحديث عن المسئولية العقدية فى هذا الصدد ، بل يمكن قبول دعــوى المســئولية التقصيريــة إذا توافــرت شروطها طبقا للمبادئ العامة .

وينطلق منهج المحكمة من الحفاظ على مبدأ حرية الــزواج وعــدم الزام الخطبة ومن ثم فإنها تبتعد عن الطبيعة العقدية . ويلــزم للحكــم بالتعويض توافر أركان المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقــة سببية ، هذا بالإضافة الى شرط آخر تطلبته المحكمة وهــو ضــرورة إثبات المدعى للخطبة ، وهذا الإثبات يجب أن يكون كتابــة رغــم أن المحكمة تعتبر الخطبة واقعة مادية ، والوقائع ـ بخلاف التصرفــات ـ يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات .

وترى المحكمة أن العدول فى ذاته ـ بمبرر أو بــدون مــبرر ـ لايعتبر خطأ يرتب الحق فى التعويض ، بل يشترط أن يكون العــدول عن طيش أو هوى أو غش ، أى بطريقة وفى ظروف تجعل منه خطــأ تقصيريا .والضرر المعوض عنه يمكن أن يكون ماديا أو أدبيا ويجــوز اثباته كركن الخطأ بكافة طرق الإثبات .

لايخفى ماينطوى عليه موقف محكمة النقض الفرنسية من تشدد للحكم بالتعويض فى حالة العدول عن الخطبة وذلك رغبة منها فى عدم المساس بمبدأ حرية الزواج المتصل بالنظام العام .

أما محكمة النقض المصرية فقد ذهبت إلى أبعد من ذلك فى التشدد فى أحكام التعويض بسبب العدول عن الخطبة ، ويتضح هذا مما يلى:

أولا : أن العدول فى ذاته مهما كان وصفه ، بمبرر أو بغير مبرر طائش أو غير طائش ، لايرتب أية مسئولية ، أى لايشكل خطأ يرتب الحق فى التعويض للطرف الآخر حتى لو أصيب بأضرار معينة من جراءه .

وهذا يخالف محكمة النقض الفرنسية التى تعتبر العدول الطائش فى ذاته خطأ تقصيريا . أى أن محكمة النقض المصرية تعتبر أكثر تشددا فى القضاء بالتعويض ، فهى لاتعتد بالفعل الطائش خلافا لما هو معهود فى مبادئ المسئولية التقصيرية .

وتعبر المحكمة عن ذلك بقولها " .. أن لكلا من المتواعدين على الزواج مطلق الحرية فى العدول عنه من غير أن يترتب على هذا العدول إلزام بتعويض ما .. وسواء وصف عدول الطاعن عن الزواج بأنه عدول طائش أو غير طائش فهو سبب لاصق بالعدول ذاته وليس مستقلا عنه فلا يؤدى إلى مسئولية الطاعن (الخطيب الذى عدل) والحكم للمطعون عليها (الخطيبة) بالتعويض .

وترتيبا على ذلك " إذا كان الحكم المطعون فيه قد حكم بالتعويض على من فسخ الخطبة بغير سبب ما سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها فى ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه ورتبت

عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض ، فإن الحكم المطعون فيه يكـون قد أخطأ فى القانون • إذ ليس ثمة خطأ فى أن يرغب الخـاطب فـى الإطمئنان على مركز خطيبته المالى[1] •

إلا أنه يجب تسجيل اتجاه بعض المحاكم المصرية التـى تـأثرت بالقضاء الفرنسى وحكمت بالتعويض فى حالة العدول الطائش بقولـها "أنه من المبادئ التى استقرت فى قضاء المحـاكم أن الخطبـة وعـد بالزواج يصح العدول عنه إذا كان لذلك مسوغ يقتضيه أو داع يدعـو إليه ، فحق العدول عن الخطبة ليس حقا مطلقا يفلت من رقابة القضـاء عليه ، ومن ثم فليس للخاطب أن يخلى بينه وبين خطيبته فيعـدل عـن خطبتها بعد أن بذل لها من الوعود ما بذل ، فتقرب إليها فيغـوى بـها ويصيب منها ما يصيب ثم يتركها بعد ذلك أو أن يذيع فسخ الخطبة بمـا يسيئ المخطوبة فى سمعتها • وأن هذا الرأى قد جنـح إليـه القضـاء الفرنسى إذ إعتبر أن فسخ الخطبة وإن كان عملا مباحا جائزا لايرتـب أى مسئولية، إلا أنه يدعو إلى مؤاخذة الخاطب عن الضرر الذى سـببه عدوله عن الخطبة إذا كان قد ارتكب خطأ مستقلا بذاته عن العـدول أو الفسخ كما لو كان السبب ينم عن رعونة أو طيش •

ثانيا : عزوف المحكمة عن الحكم بالتعويض فى حالة العـدول يفـهم على ضوء حرصها على تأكيد مبدأ حرية الزواج ، لذا نجدهـا تصـر على تكييف المسئولية بأنها تقصيرية وذلك بنفى الصفة العقديـة عـن الخطبة " الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعد بـالزواج لايقيد أحدا من المتواعدين •• ويتعين للحكم بالتعويض بسبب العـدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية " •

---

(١) نقض ١٩٦٠/٤/٢٨ س ١١ ص ٣٦٩ •

ثالثا : تشترط المحكمة لقبول دعوى المسئولية صدور افعال مستقلة من الطرف الذى عدل ، تشكل فى ذاتها خطأ تقصيريا ، كأن يكون الخاطب قد ألزم خطيبته بترك العمل أو طلب منها تجهيزات معينة كلفتها الكثير ، أو أن يكون قد صدر منه أفعال أو أقوال ترتب أضرارا أدبية للمخطوبة .

وتقول المحكمة بأنه " يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه استقلالا تاما ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنها ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر .

إن إستطالة أمد الخطبة فى الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لاتفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولاتعد اعمالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول ، ومجرد العدول عن الخطبة — على ماجرى عليه قضاء محكمة النقض — لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال مستقلة عنه ألحقت ضررا بأحد الخطيبين .

ومتى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أشار بصدد بيان الضرر المطالب بالتعويض عنه الى ماتكبدته المدعية قبل العدول عن خطبتها من نفقات ومصاريف تجهيز دون أن يعنى بإيضاح نوع تلك النفقات ومقدارها والدليل على ثبوتها أو بتقصى الضرر الذى أصابها ، فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه[١] ".

أى أن مجرد استطالة أمد الخطبة ، أو النفقات والتجهيزات المعتادة، أو الآلام النفسية لاتعتبر من قبيل العناصر المؤسسة للمسئولية المدنية .

---

(١) نقض ١٩٦٢/١١/١٥ س ١٣ ص ١٠٣٨ .

رابعا : تأخذ المحكمة فى الإعتبار عند الحكم بـالتعويض كل من الضرر المادى والضرر الأدبى ، لكنها تقتضى فى الضرر أن يكون مؤكدا وأن يكون على درجة معينة من الأهمية ، وعلى قاضى الموضوع أن يبين ذلك بوضوح فى حكمه .

الفرع الثالث

موقف الشرائع الدينية من الخطبة

تجمع الشرائع الطائفية على مبدأ عدم إلزام الخطبة ، وحرية كل من الطرفين فى العدول عنها . وتنظيم الخطبة على نحو يضفى عليها الطابع الشكلى قصد منه تحقيق نوع من العلانية والإشهار وسهولة الإثبات ، وليس من شأن ذلك التغيير من طبيعتها القانونية بإعتبارها تواعدا غير ملزم بالزواج .

إلا أن بعض الشرائع الطائفية (القبطية) تذهب إلى إعتبار العدول بغير مبرر من قبيل الخطأ الذى يستوجب الحكم بالتعويض للطرف المهجور ، بغض النظر عن الضرر الذى أصابه . فهى تفرق بين العدول بمبرر والعدول بغير مبرر ، وتلزم من يعدل بغير مبرر بالتعويض ، ولاحق له فى استرداد مايكون قد قدمه من مهر أو هدايا .

لاشك أن ذلك القول يشكل تعارضا مع مبدأ حرية العدول ، إذ لا يمكن تكييف العدول بأنه خطأ طالما تم فى ظروف عادية ولم تصاحبه أفعال تسبب ضررا للطرف الأخر . ويصعب القول بإلزام من عدل بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى أصابه من مجرد العدول لأن العدول يعتبر حقا للخاطب .

ويعد القول بالأحكام السابقة مساسا غير مباشر بمبدأ حرية الزواج الذى يتصل بالنظام العام . ويبدو الأمر واضحا بالنسبة للشريعة

اليهودية التى تبيح وضع شرط جزائى " غرامة " مقابل العدول ، فهذا الشرط يجب أن يقضى ببطلانه .

وتخلط تلك الأحكام بين الحكم بالتعويض والحكم بإسترداد الهدايا ، وهما أمران مختلفان كما سنرى الآن . فالقول بإحتفاظ الطرف المهجور بالهدايا على إطلاقه دون أن يكون قد أصيب بضرر أو دون وقوع خطأ من الطرف الذى عدل قد يشكل إثراء بلا سبب على حساب الغير .

وعلى أية حالة فإن الأحكام الواردة فى الشرائع الطائفية لاتطبق حتى لو كنا بصدد خطبة تمت فى الشكل الدينى ، إذ أن جوهر الخطبة واحد لايتغير ، ومن ثم فإن المبادئ التى استقرت عليها محكمة النقض هى التى تطبق سواء أكانت الخطبة بسيطة أم تمت فى شكل دينى ، وسواء أكانت بين مسلمين أو غير مسلمين .

وما استقرت عليه محكمة النقض يتفق مع الشريعة الإسلامية ، حيث يذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الخطبة وعد غير ملزم ، والعدول أمر جائز ، وحق لكلا الخطيبين ، ولاضمان فى إستعمال حق من الحقوق ، حتى لو أصيب الطرف الآخر بضرر لأن ذلك نتيجة اغتراره إذ كان ينبغى عليه أن يتوقع العدول .

أما إن كان الضرر نتيجة تغرير ، فإن النظرة العادلة توجب إزالة الضرر إذ " لاضرر ولاضرار " كما يقول الرسول الكريم ﷺ ، فالتغرير يعد من قبيل التعدى الذى يستوجب الضمان ومثال ذلك الأضرار التى يسببها أحد الطرفين للآخر ، كأن يطلب الخاطب نوعا معينا من الجهاز أو تطلب هى إعداد مسكن .

فليس للخطبة قوة إلزام لأحد الطرفين ، ولكل منهما أن يعدل عنها ،

فهذا حق خالص له وليس لأحد من سبيل عليه لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه .

أما من الناحية الدينية " فالمنصوص عليه فقها : أنه لايكره الرجوع عن الخطبة سواء أكان من الرجل أم من المرأة أم من وليها ، إذا كان لغرض صحيح . أما إذا لم يكن للرجوع مسوغه وغرضه الصحيح ، فإنه يكون مكروها عند الله لما فيه من خلف الوعد ونقض العهد ، والوفاء بالعهد من حسن الخلق ومكارمه " .

المطلب الثانى
استرداد المهر والهدايا والشبكة

استقرت محكمة النقض على أن هدايا الخطبة تعد من قبيل الهبات التى تخضع لأحكام القانون المدنى ، ومن ثم فهى تعد من الأحوال العينية ، تسرى فى شأنها المبادئ العامة فى هذا القانون وماترسيه المحكمة من حلول بغض النظر عن ديانة المتقاضين .

لذا نقتصر على دراسة المبادئ التى أرستها محكمة النقض مع المقارنة بزميلتها الفرنسية ، وأحكام الشريعة الإسلامية .

(أ) مبادئ محكمة النقض المصرية :

أولا : الخطبة ليست من مسائل الأحوال الشخصية :

الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر ــ ومنها الشبكة ــ أبان فترة الخطبة لاتعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولاشرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولايتوقف عليها ، ومن ثم يكون النزاع بشأن الهدايا بعيدا عن المساس

بعقد الزواج ، وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية[1] .

فالمحكمة تعتبر الهدايا والشبكة من قبيل الهبات أى يطبق عليها القانون المدنى ، وليس قانون الأحوال الشخصية . والحكم مختلف فى الحالتين .

فبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية ، فإن الراجح - نظرا لعدم وجود نص تشريعى - هو - طبقا للقواعد العامة - تطبيق المذهب الحنفى الذى يجيز استرداد الهدايا إن كانت لاتزال قائمة أما إن تغيرت أو هلكت أو استهلكت فلا استرداد ، فالقاعدة هى استرداد هدايا الخطبة إلا إذا قام مانع ، وذلك بصرف النظر عمن عدل عن الخطبة وعما إذا كان هذا العدول بمبرر أو بغير مبرر .

ومن جهة أخرى فحتى لو اعتبرنا الهدايا من قبيل الهبات فإن الحكم يختلف بصددها فى المذهب الحنفى عنه فى القانون المدنى حيث يجوز عند الحنفية للواهب أن يرجع فى الهبة إلا إذا وجد مانع مثل خروج الموهوب من ملك الموهوب له أو استهلاكه . أى أنه يجوز استرداد هدايا الخطبة إلا إذا قام مانع من الموانع وذلك بصرف النظر عن العدول عن الخطبة وعما إذا كان هذا العدول بمبرر أو بغير مبرر .

ويمكن الفارق بين الحكمين فى التشدد الوارد بالقانون والمتعلق بفكرة العذر المقبول كشرط للرجوع فى الهبة خلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

ثانيا : تطبيق أحكام القانون المدنى :

" تعتبر الهدايا والشبكة من قبيل الهبات فيسرى عليها مايسرى على

---

(١) نقض ١٩٦٣/١٠/٢٤ س ١٤ ص ٩٦٧ .

الهبة من أحكام القانون المدنى ، ولما كان السبب ركنا من أركان العقد وينظر فى توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد ، وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لايمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك بإعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لايمكن أن يؤدى إلى إنعدام هذا السبب بعد أن تحقق ، وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج[1] " .

" الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة تعد من قبيل الهبات إذ أنها ليست ركنا من أركان الزواج ولاشرطا من شروطه وينبنى على ذلك أن القضاء بردها يخرج عن اختصاص المحاكم الروحية فإذا كانت المحكمة الروحية قد قضت فى حكمها المطعون فيه بإلزام الطاعنة بأداء مبلغ معين فى مقابل تلك الهدايا فإنها تكون قد فصلت فى نزاع خارج عن ولايتها[2] " .

" تعتبر الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها مايسرى على الهبة من أحكام القانون المدنى وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة بإعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود ، ومن ثم فالمعمول عليه فى حق الخاطب فى استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة ٥٠٠ ومابعدها من القانون المدنى[3] ".

" وتشترط المادة ٥٠٠ من القانون المدنى للرجوع فى الهبة فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع الى عذر يقبله القاضى ، وألا يوجد مانع من موانع الرجوع ، فإذا كانت محكمة

---

(١) نقض ١٩٧٤/٥/٢٦ س ٢٥ ص ٩٤٨ .

(٢) نقض ١٩٦١/٦/٢٤ س ١٢ ص ٣٣٩ .

(٣) نقض ١٩٦٣/١٠/٢٤س ١٤ ص ٩٦٧ .

الموضوع قد أعملت هذه المادة وانتهت الى عدم أحقية الطـــاعن فـــى استرداد الشبكة والهدايا ، كما أنه فى حدود سلطتها التقديرية وللأســباب السائغة التى أوردتها إنتهت إلى انتفاء العذر المقبول الذى يبرر رجـــوع الطاعن فى هبته فإن الحكـــم المطعـــون عليـــه لايكـــونُ قـــد خـــالف القـــانون(١) ".

أن نظرة المحكمة للهدايا والشبكة على أنهما من قبيل الهبات يختلف عن كون اعتبارهما من الأمور المرتبطة بالخطبـــة ، فتعلـــق الـــهدايا بالخطبة يجعلها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية فيجب أن يســـرى عليها مايسرى على الخطبة من أحكام عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل .

وطبقا لقواعد الهبة الواردة فى القانون المدنى ، لايجوز للواهـــب ، مالم يقبل الموهوب له بذلك ، أن يرجع فى الهبة إلا إذا استند الى عـــذر مقبول من ناحية ولم يوجد مانع من الرجوع من ناحية أخرى علـــى أن يخضع تقدير العذر المقبول للقاضى .

وعلى هذا الأساس فإن الخاطب ليس من حقـــه اســـترداد الـــهدايا (الرجوع فى الهبة) فى حالة عدم موافقة الخطيبة ، إلا إذا أقام الدليـــل أمام القاضى على توافر الشرطين السابقين :

١ - وجود عذر مقبول لرجوعه فى الهبة ، وترفض محكمـــة النقـــض إعتبار فسخ الخطبة أيا كان سببه ، عذرا مقبولا فـــى هـــذا الصـــدد إذ تقضى صراحة " ولما كان السبب ركنا من أركان العقد وينظـــر فـــى توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد ، وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لايمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجـــوده . ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات ، وذلـــك بإعتبارها الباعث الدافع الى التبرع فإن فسخها لايمكن أن يـــؤدى إلـــى

---

(١) نقض ١٩٦٣/١٠/٢٤ س ١٤ ص ٩٦٧ .

إنعدام هذا السبب بعد أن تحقق ، وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج ٠

ويعن لنا أن نتساءل عما إذا كان من الممكن وجود عذر أقوى من فسخ الخطبة كمبرر للرجوع فى الهبة ٠

٢ - عدم وجود مانع يمنع استرداد الهدايا ، كإستهلاكها مثلا ٠

ثالثا : الشبكة ليست جزءا من المهر :

أصدرت محكمة النقض حكما حديثا يؤكد القضاء السابق ويقرر طبيعة الشبكة :

١ - الهدايا التى قدمها أحد الخاطبين للأخر ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات التى يسرى عليها أحكام القانون المدنى ـ العدول عن الخطبة إذا كان بسبب يرجع الى الخاطب ـ عدم أحقيته فى الرجوع فى هبته التى تعلقت بها هدايا الخطبة وبالتالى عدم أحقيته فى استردادها ٠

٢ - الحكم بإعتبار الشبكة جزء من المهر استنادا إلى عرف يكون معيبا بالخطا فى تطبيق القانون والفساد فى الإستدلال لأنه لايجوز الاستناد الى العرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى ٠

لما كان النص فى المادة الأولى من القانون المدنى على أن (تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف) مفاده أنه ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ لا يجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى ، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الهدايا التى يقدمها أحد الخطيبين للآخر ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات فيسرى عليها مايسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى ، ومن ثم فإذا كانت

الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات بإعتبارها الباعث الدافع على التبرع فإن العدول عنها من جانب الخاطب لايمكن أن يؤدى إلى إنعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الخطبة ، وإذ كان حق الخاطب فى استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة ٥٠٠ ومابعدها من القانون المدنى ، وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع فى الهبة ، فى حالة عدم قبول الموهوب له ، أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى ، وكان الحكم المطعون فيه وإن انتهى صحيحا إلى أن العدول عن الخطبة كان بسبب يرجع إلى المطعون ضده وقضى لذلك بعدم أحقيته فى الرجوع فى هبته التى تعلقت بها هدايا الخطبة مما كان لازمة والشبكة أيضا من الهدايا على النحو السالف أن يقضى أيضا بعدم أحقيته فى استردادها ، وإذ خالف الحكم هذا النظر وإعتبر الشبكة جزءا من المهر استنادا إلى عرف لم يبين مصدره وإلى ماورد بمذكرة شقيق الطاعنة وقضى لذلك بأحقيته فى استردادها مع أن ماورد بتلك المذكورة لايؤدى إلى ما استخلصه منها فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الإستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن[١] .

(ب) نتائج قضاء محكمة النقض :

يترتب على المبادئ السابقة التى أرستها محكمة النقض عدة نتائج فيما يتعلق بالإختصاص القضائى والتشريعى والحق فى العدول عن الخطبة .

١ ـ عدم أحقية استرداد أى من الهدايا أو الشبكة التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر أبان الخطبة وذلك فى جميع الحالات أيا كان الطرف

---

(١) نقض مدنى ــ طعن رقم ٨٧٥٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٥ .

المتسبب فى العدول .

وطبقت المحكمة فى ذلك أحكام الهبة الواردة فى القانون المدنى بعد أن رفضت إعتبار المسألة من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ، وبالتالى استبعاد تطبيق قانون الأحوال الشخصية الذى كان من شأنه أن يؤدى بنا إلى نتيجة مغايرة .

٢ - أن إعتبار هدايا الخطبة من قبيل الهبات الخاضعة لأحكام القانون المدنى يؤدى إلى تطبيق هذه الأحكام على جميع المصريين أيا كانت ديانتهم ، أى إننا نكون بصدد مسألة من مسائل الأحوال العينية حيث الأحكام الموحدة بالنسبة لكل المصريين . أما تكييف الأمر على أنه من مسائل الأحوال الشخصية فإن شريعة المتقاضين هى التى ستطبق إذا توافرت شروط تطبيقها ، وعلى هذا ستتعدد الأحكام المطبقة فى هذا الصدد .

٣ - ترتب على اعتبار الهدايا من قبيل مسائل الأحوال العينية التى يطبق عليها القانون المدنى أن أصبح الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها منعقدا للجهة القضائية التى تنظر تلك المسائل وليست الجهة المختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية (المحاكم الشرعية والمجالس الملية سابقا ودوائر الأحوال الشخصية الآن) .

فقد قضى بأن " هدايا الخطبة ليست ركنا من أركان الزواج ولاشرطا من شروطه ، وينبنى على ذلك أن القضاء بردها يخرج عن اختصاص المحاكم الروحية ، فإذا كانت المحكمة الروحية لطائفة السريان الأرثوذكس قد قضت فى حكمها المطعون فيه بإلزام الطاعنة بأداء مبلغ معين فى مقابل تلك الهدايا فإنها تكون قد فصلت فى نزاع خارج ولايتها[١] .

---

(١) نقض ١٩٦١/٦/٢٤ س ١٢ ص ٣٣٩ .

أما الآن وقد توحدت جهات القضاء ، وأصبحت هناك دوائر لنظـر مسائل الأحوال العينية وأخرى لنظر مسائل الأحوال الشـخصية فـإن الدوائر الأولى دون الثانية هى التى تفصل فـى المنازعـات المتعلقـة بإسترداد هدايا الخطبة . هذا مالم يكن الأمر مرتبطا بمنازعة مرفوعـة أمام إحدى دوائر الأحوال الشخصية ، فهنا تنظـر الدائـرة المسـألة تطبيقا لمبدأ الإرتباط بين المنازعات .

إلا أنه يجب التذكرة بأن تخصيص الدوائر يعد من قبيـل التقسـيم الإدارى للعمل داخل نفس المحكمة ، ومن ثم لايترتب على نظر دائـرة لمسألة تدخل فى نطاق دائرة أخرى الدفع بعدم الإختصاص أو الولاية .

٤ - تصل المحكمة بطريقة غير مباشرة إلى إقرار مبدأ عـدم أحقيـة الخاطب فى استرداد الهدايا التى سبق أن قدمها لخطيبته .

هذا المبدأ وإن كان يواجه أساسا الفرض الغالب وهو حالـة تقديـم الهدايا من قبل الخاطب ومطالبته بإستردادها عند الفسخ ، إلا أنه يواجـه كذلك الفرض الآخر ـ وإن كان يندر الوقوع فى العمل ـ وهو حالـة تقديم هدايا من قبل المخطوبة ومحاولة استردادها لها بعد فسخ الخطبة ، إلا أن الحكم واحد فى الحالتين .

٥ - أن هذا الحكم يعتبر قيدا غير مباشر على حق كل من الخاطبين فى العدول عن الخطبة . فعبارات الفقهاء أجازت العدول عن الخطبة مطلقا سواء أكان هناك مبرر أم لا ، ومثل هذا العدول يعتبر حقـا مرتبطـا بطبيعة الخطبة ذاتها ، ويتفق كذلك مع إرادة الخاطب والمخطوبة عنـد إتمام الخطبة ، حيث أن حرية الزواج تقتضى إباحة العدول إذا مـاتبين عدم توافر الظروف لإتمام حياة زوجية مناسبة بين الطرفين .

وهذا ما استقرت عليه نفس المحكمـة : " أن الخطبـة أو الوعـد

بالزواج ليس إلا تمهيدا لرابطة زوجية ، وهذا الوعد لايقيد أحــدا مــن المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل فى أى وقت شاء ، إذ لا مراء فى أنه يجب أن يتحقق كامل الحرية فى إجراء عقد الزواج الذى له خطره فــى شئون المجتمع ، وأنه يجب أن يتحقق مطلق الحرية فى العدول عنه من غير أن يترتب على هذا العدول (فى ذاته) إلزام بتعويض ما " .

فالقول بأن الطرف الذى يعدل عن الخطبة ـ مستعملا حقــه فــى العدول ـ ليس له حق استرداد ماقدمه من هدايا ، يعتبر مساســا بــهذا الحق . ويبدو هذا المساس غير مفهوم إذا ماتقرر المبدأ على إطلاقــه بغض النظر عن الطرف المخطــئ ، حيث أنه ليس من البداهة بحــال أن الخطأ يكون فى جانب من يعدل ، فالعدول غالبا ما يكون له مبررات منها ما قد يرجع الى الطرف الآخر الذى يقف الحكم الى جانبه ويقضى له بإستبقاء الهدايا .

(ج) دوافع قضاء النقض :

أن قضاء محكمة النقض ، وإن بنى فى ظاهره علــى اعتبــارات قانونية مجردة ، يرجع فى حقيقة الأمر إلى اعتبارات واقعية ذات طبيعة اجتماعية واقتصادية .

فاعتبار المحكمة كل الهدايا المقدمة أبان الخطبة من قبيــل الــهبات مسألة تستدعى جانب كبير من التحفظ ، حيث أن افتراض نية التــبرع لدى الخاطب عند تقديمه الهدايا ، وخاصة تلك التى لها قيمة معينة أمــو ليس بديهيا .

وإن أمكن افتراض تلك النية ، فإن ذلك يكون مشروطا فــى ذهنــه بشرط انعقاذ الزواج ، أى أن الهبة تكون معلقة على شرط فاسخ وتزول بتحقق هذا الشرط وهذا هو ما واجهه المشرع الفرنســى فــى المــادة

١٠٨٨ من القانون المدنى والتى تنص على أن الهبات المقدمة من أجل الزواج تبطل إذا لم يتم ذلك الزواج ٠

وعلى هذا فإن استناد المحكمة الى فكرة الهبات كان ينبغى أن يؤدى بها الى نتيجة مغايرة ، وهى الحكم بإسترداد الهدايا عقب فسخ الخطبة٠

ولكن النتيجة التى وصل إليها الحكم تفسر بالإعتبارات العملية وهى تفادى مشاكل الإثبات المتعلقة سواء بتحديد الطرف الخاطئ أو بإثبات الهدايا المقدمة ، نظرا للإعتبارات العاطفية والعائلية التى تسيطر على مثل هذه الأمور ، مما يصعب معه اقامة الدليل مسبقا أو التحفظ عند تقديم الهدايا ٠

ومن جانب آخر فإن افتراض الخطأ وفقد الهدايا بالنسبة للطرف الذى يعدل ينطوى على تمييز وحماية الطرف الآخر ، وهو غالبا ماتكون المرأة ، والتى تستدعى ـ لإعتبارات اجتماعية واقتصادية لازالت قائمة ـ نوعا من الحماية الخاصة باعتبار أنها هى التى تضار أكثر من عملية فسخ الخطبة ٠

ولعل من الدوافع الكامنة وراء قضاء محكمة النقض هو السير فى اتجاه توحيد بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أيا كانت ديانتهم ، ومن ثم فتكييف الهدايا على هذا النحو يدرجها فى مسائل الأحوال العينية ويكون الحكم فيها موحدا بالنسبة للجميع ٠

ولكن تلك النتائج مع وجاهة مبرراتها كان من الممكن الوصول إليها صراحة دون الإلتجاء إلى حيلة قانونية غير دقيقة من خلال فكرة الهبات وهذا ما وصل إليه القانون الفرنسى ومن قبله جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية ٠ وسنعرض لها بعد قليل ٠

(د) ضرورة الفصل بين الأمور :

يجمع قضاء النقض بين ثلاثة مسائل يحسن الفصل بينهما حتى تتضح الأمور : حق العدول عن الخطبة من ناحية ، وحق استرداد الهدايا من ناحية أخرى ، والحق فى التعويض بمناسبة فسخ الخطبة إن كان له مبرر من ناحية ثالثة ٠

١ - فالعدول عن الخطبة فى ذاته مجردا يعتبر حق لكل من الطرفين ولايترتب عليه أية مسئولية ، إلا أن المحكمة وإن كانت تسلم بسهولة بهذا المبدأ ، إلا أنها ترتب على مجرد العدول فقد الهدايا مالم يقم الخصم الدليل على وجود عذر مقبول للرجوع فى الهبة ، وفسخ الخطبة أيا كان سببه لايصلح عذرا بطبيعة الحال ٠

٢ - أما فيما يتعلق بالهدايا فإنها مرتبطة بالخطبة ومن ثم يجب أن تسترد بإنتهائها ، مالم يكن هناك مانع ، وذلك بصرف النظر عمن عدل عن الخطبة ، وسواء أكان هذا العدول بمبرر أو بغير مبرر ٠ وهذا هو رأى الحنفية الذين يشاركهم الشافعية ، حيث يرون أن هدايا الخطبة مقيدة بشرط الزواج ، وبعدم تحقق الشرط يجوز استردادها مالم يكن هناك مانع كإستهلاكها ، هذا مع الإحتفاظ بالهدايا البسيطة ٠

٣ - وأخيرا فإن فسخ الخطبة قد يكون مصدرا لأضرار تصيب الطرف الآخر ٠ أن مثل هذه الأضرار تعتبر أمرا طبيعيا ما لم تكن ناجمة عن الملابسات والظروف التى تم فيها الفسخ أو عن أفعال مستقلة عنه ، فهنا تكون أساسا لنشوء دعوى المسئولية التقصيرية للطرف المضار للحصول على تعويض مناسب ، وما قد يحكم به من تعويض يختلف عن استحقاق الخاطب لما قدمه من هدايا ، إذ أن سبب كل منهما يختلف عن الآخر ٠ ومثل هذا التعويض قد يكون نقديا وقد يرى القاضى إجراء نوع من المقاصة بين الهدايا والتعويض المستحق أى يحكم بإستبقاء

الهدايا أو جزء منها •

ولكن حكم المحكمة يؤدى الى افتراض الخطأ فى جـانب الطـرف الذى يعدل ، ومن ثم يحكم عليه بالتعويض لصالح الطرف الآخر ، فـى صورة الإحتفاظ بالهدايا المقدمة أبان الخطبة ، فالعدول عن الخطبة مـع أنه حق إلا أن ممارسته يرتب فقدان الهدايا •

(هـ) حكم القانون الفرنسى :

تقضى المادة ١٠٨٨ من القانون المدنى بإسترداد الهدايا المقدمـة من أجل الزواج إذا لم يتحقق هذا الزواج •

هذا النص ـ طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء ـ يواجـه فقـط الهدايا التى تعتبر فى ذهن مقدمها معلقة على شرط فاسخ هـو إتمـام الزواج ، مثل هذه الهدايا تسترد أيا كانت ظروف فسخ الخطبة • أمـا بالنسبة للهدايا العادية أو البسيطة المقدمة على سبيل الود والمجاملة فهذه لايحكم عادة بإستردادها ، على أساس توافر نية التبرع بشـأنها ، وأن العادة قد جرت بذلك ، وخاصة وأن معظمها من الهدايا التى تسـتهلك عادة•

إلا أن القضاء الفرنسى وإن كان يسلم تماما بحق كل طـرف فـى الخطبة فى العدول ، إلا أن هذا العدول يجب أن يكون معافى من كـل خطأ ، فالوعد بالزواج المصحوب ببعض البيانات الكاذبة عن شـخص الواعد ، والذى لم يتبع أسلوب الصراحة فى تعامله مع خطيبته ، والذى انتهى الى فسخ الخطبة فجأة وبلا مقدمات واضحة بـل وبنـوع مـن القسوة، كل هذه الظروف والملابسات تستدعى مسئوليته والحكم عليـه بالتعويض للطرف المضار من جراء ذلك السلوك • هذا التعويض قـد يكون فى صورة الإحتفاظ بجانب أو بكل الهدايا المقدمة •

فالقضاء الفرنسى حريص على إبراز الأمور الثلاثة : حق العدول من ناحية ، واسترداد الهدايا من ناحية أخرى ، والحكم بالتعويض إن كان له مبرر وصورته من ناحية ثالثة .

إلا أنه يقيم قرينة بسيطة مؤداها أن من يقع الفسخ من جانبه يمكن أن يكون مخطئا ومن ثم يمكن الحكم عليه بالتعويض للطرف الآخر فى صورة احتفاظه بالهدايا المقدمة ، تلك القرينة تقوم لصالح الطرف المهجور لإعفائه من عبء الإثبات وعلى الطرف الذى عدل اقامة الدليل على العكس ، أى إثبات أن العدول من جانبه كان ممارسة لحقه الطبيعى ولم يشبه أى خطأ يستدعى التعويض ، ومن ثم فهو يستحق استرداد ما قدم من هدايا .

(و) حكم الشريعة الإسلامية:

يقترب موقف القضاء الفرنسى من الحكم عند الشافعية ، حيث يرون أنه إذا ماحصل عدول عن الخطبة ، بمبرر أو بغير مبرر يكون للمهدى حق استرداد الهدايا إن كانت لاتزال قائمة ، وبعوضها إن كانت قد هلكت أو استهلكت .

أما الحنفية فأجازوا الإسترداد إن كانت العين قائمة ، أما أن تغيرت أو هلكت أو استهلكت فلا تسترد .

ومن الواضح أن قضاء النقض يناقض هذا الجانب من الفقه الإسلامى ، وإن كان يتفق مع الجانب الآخر ألا وهو مذهب الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل . فهم يفرقون بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الطرف الآخر ، فمن يتسبب فى عدم اتمام الزواج بعدوله عن الخطبة لايصح له أن يسترد هداياه أو أن يحتفظ بهدايا الطرف الآخر ، ويستوى فى ذلك أن يكون العدول بمبرر أو بغير مبرر .

والسبب فى ذلك ــ على قولهم ــ هو أن إبطال العمل ناشــئ مــن جهته ، ومن سعى من جانبه فى نقض ماتم كان سعيه مردودا عليــه ، وكذلك حتى لايجمع على الطرف الآخر ألمان : ألــم العــدول وألــم الإسترداد .

والغريب أنه رغم سيادة المذهب الحنفــى فــى مســائل الأحــوال الشخصية ، إلا أن رأى الإمام مالك هو الذى يسود بين عامة الناس فــى هذه المسألة ويكاد يصبح العرف السائد فى هذا الصدد . ولعل هذا هــو الذى حدا بمحكمة النقض إلى تبنى هذا الحل ولكن بإتباع مبادئ القانون المدنى الخاص بالهبة .

المبحث الثانى
موانع الزواج

يلزم لإنعقاد الزواج صحيحا التأكد من عدم وجـــود مـــانع مـــن الموانع التى تحول دون قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين • والمـــانع هو كل ظرف أو واقعة من شأنه أن يشكل عقبة فى سبيل اتمام الـــزواج كالقرابة مثلا •

(أ) التقسيمات الفقهية للموانع :

تتعدد التقسيمات التى يمكن اجرائها لموانع الزواج وذلـــك بســبب إختلاف الوجهة التى يمكن بها مواجهتها •

١ - تنقسم الموانع **من حيث أثرها** إلى موانع مبطلة وأخرى محرمـــة • فالموانع المبطلة ترتب أثرا قانونيا يتمثل فى بطلان الـــزواج كالقرابـــة الشرعية والعجز الجنسى ، أما الموانع المحرمة فـــلا ترتـــب أى أثـــر قانونى فالزواج يعتبر صحيحا ولكنه مكروه ديانـــة أو محرما كـــالنذر البسيط •

٢ - وتنقسم الموانع **من حيث مدتها** الى موانع دائمة وأخرى مؤقتـــة • فالموانع الدائمة تستند الى أسباب ثابتة لاتزول كالقرابة ، أما الموانـــــع المؤقتة فأسبابها ذات طبيعة وقتية يمكن أن تزول ومن ثم يصح الـــزواج بزوالها كإختلاف الدين •

٣ - وتنقسم **الموانع من حيث الإثبات** إلى موانع ظاهرة وأخرى خفية • فالموانع الظاهرة أو العامة يمكن للجميع الكشف عنها والتثبـــت منـــها كالقرابة المشروعة ، أما الموانع المستترة فهى خفية لايمكـــن للجميـــع إثباتها نظرا لأنه يغلب أن ينفرد بمعرفتها من يمتنع عليه الزواج بسببها وذلك كالقرابة غير المشروعة •

٤ - وتنقسم **الموانع من حيث غايتها** إلى موانع ترتبط بغايات الزواج أى تستهدف توفير الظروف الملائمة لتحقيق أهداف الزواج كالعجز الجنسى ، حيث يمنع إشباع الرغبة الجنسية والتناسل وهما من أهم غايات الزواج ، وموانع ذات طابع دينى أى ترجع إلى الإعتبارات الدينية السائدة كإختلاف الدين وتعدد الزوجات ، وأخيرا قد تأخذ الموانع طابعا عقابيا أى ترجع إلى إعتبارات جزائية كالزنا والقتل ٠

٥ - وتنقسم **الموانع من حيث طبيعتها** إلى موانع طبيعية وأخرى قانونية٠ فالموانع الطبيعية ترجع إلى الطبيعة الجسمانية للإنسان وتجعله غير قادر على الزواج كالعجز الجنسى ، أما الموانع القانونية فترجع إلى الحالة المدنية للشخص كالقرابة وإختلاف الدين وزواجه السابق ٠

٦ - وأخيرا يمكن تقسيم موانع الزواج **من حيث نطاقها** إلى موانع مطلقة وأخرى نسبية ٠ فالموانع المطلقة تمنع زواج الشخص الذى يقوم به المانع من أى شخص آخر ، إذ توجد به صفة تمنعه من الزواج بصفة مطلقة كإرتباطه بزوجية قائمة ٠ أما الموانع النسبية فلا تمنع الشخص من الزواج إلا من أشخاص معينين كالقرابة ٠

(ب) التقسيم المقترح للدراسة :

أن الموانع التى وردت فى الشرائع الطائفية كثيرة ومتنوعة ٠ ذلك لأن موانع الزواج تعتبر من الأمور النسبية التى تختلف بإختلاف المجتمعات والأزمنة ، إذ ترجع إلى إعتبارات اجتماعية ودينية وتاريخية متعددة ومتنوعة ٠ وتعكس التطورات التى تتعرض لها الجماعة فى علاقاتها الانسانية والاقتصادية ، ومن المؤكد أن الشرائع الطائفية قد تأثرت بالعوامل التاريخية والإجتماعية التى عاصرتها وتفاعلت معها ٠

والتقسيمات السابقة ذات طبيعة فقهية تستهدف التحليل والدراسة ، فهى محاولات لتصنيف موانع الزواج وحصرها .

والذى يعنينا ليس الدراسة الفقهية للموانع الواردة فى الشرائع الطائفية ، بل معرفة أى من هذه الموانع الذى يتفق مع واقعنا المعاصر أى تحديد ماهو مطبق منها من خلال النظام القانونى القائم ، وذلك بهدف البحث عما إذا كان هناك فوارق عملية بين الموانع القائمة فى الشرائع الطائفية ومايسمى بالمحرمات فى الشريعة الإسلامية لتبين مدى امكانية توحيد المسألة فى هذا الشأن من عدمه .

ومن ثم فإننا نعرض فى البداية موانع الزواج الواردة فى الشرائع الطائفية التى لايعتد بها فى النظام القانونى الحالى أى لاتطبق ، قبل أن نبين تلك الموانع المطبقة ومدى تقاربها مع المحرمات الواردة فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول
موانع الزواج غير المطبقة

الفرع الأول
الكهنوت والرهبنة

(أ) تعريف :

تتمثل الكهنوتية فى أن يقطع شخص العهد على نفسه بالتفرغ لخدمة الدين (الكنيسة) من خلال شغله لوظيفة معينة . وتتعدد الوظائف الدينية داخل نظام إدارى معين ، وذلك من خلال درجات يعلو بعضها على بعض ، إلى أن تصل فى النهاية إلى رئاسة عليا واحدة .

أما عن الرهبنة فتبدو فى تجرد الشخص من زينـــة الحيـــاة الدنيـــا ومزاياها مؤثرا عليها حياة العبادة والتبتل والخدمة العامة • وتختلـــف الرهبنة عن الكهنوت فى أن الراهب لايشغل وظيفة معينة من وظـــائف الكنيسة كالكاهن • وإنما ينقطع لحيـــاة معينــــة تقـــوم علـــى العبـــادة والمصلحة الإجتماعية• هذا بالإضافة إلى أن الرهبنـــة أمـــر ممكـــن بالنسبة للجنسين من الرجال والنساء ، أما الكهنوت ــ فلأنه ســـلطه ــ فيقتصر على الرجـــال •

(ب) موقف الشرائع الطائفية :

يعتبر المذهب الكاثوليكى الكهنوت والرهبنة مـــن موانـــع الـــزواج المطلقة • أما المذهب الأرثوذكسى ، فلم يرد نص يجعل من الترهب أو الكهنوت مانعا من الزواج يؤدى إلى بطلانه ، إلا أن عـــرف الكنيســـة جرى علـــى أن الكاهن يجوز له الزواج قبل دخوله ســـلك الكـــهنوت ويظل زواجه صحيحا ، أما أن دخل أعزب ثم تزوج بعد ذلـــك ، فـــإن الزواج يعتبر صحيحا ولكن تسقط عنه صفة الكهنوتية أو يـــنزل إلـــى درجة قمص أو قسيس •

والبروتستانت لايعترفون بنظم الكهنوت والرهبنة ، فرجـــل الديـــن عندهم شخص عادى كسائر الناس ولكنه يتخصص فقط لخدمة الديـــن ، وقد حارب زعيمهم " لوثر " نظام الرهبنة ودعى إلى أن حياة الـــزواج أفضل من حياة العزوبة ، بل أنه تزوج من راهبة •

(ج) موقف القضاء:

وقد اعترف القضاء المصرى بنظام الرهبنة حيث " أن الرهبنة نظام جارى عند الطوائف المسيحية •• ويختار الشخص الرهبنـــة بمحـــض رغبته •• وقد اعترفت به الحكومة المصريـــة إذ اختصـــت الرهبـــان

ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ..
وهذا الذى جرى عليه العرف الكنسى ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام[1] .

يقرر القضاء بوضوح عدم مخالفة الرهبنة للنظام العام ، ولكن التساؤل لازال قائما فى نظرنا عن مدى اتفاق اعتبار الرهبنة مانعا من موانع الزواج مع النظام العام .

استنتج الفقه من القضاء السابق عدم مخالفه المانع للنظام العام ، إلا إننا نخالف الفقه فى هذا الرأى . فالقضاء وإن أقر الرهبنة ، إلا أن هذا لايعنى اقرار الرهبنة كمانع من موانع النظام العام ، والقول بهذا ينطوى على مخالفة لمبدأين أساسيين لايقوم هناك أدنى شك فى ارتباطهما بالنظام العام . الأول ويتمثل فى حرية الفرد فى ممارسة حقه فى الزواج ، الثانى حرية العقيدة .

فالراهب أو الكاهن عندما يدخل فى النظام بإختياره لايمكن اجباره على البقاء فيه رغم ارادته ، إذ لاإكراه فى الدين ، ولا يتصور سلبه بصورة مطلقة حقا لصيقا بشخصيته ، ألا وهو حق الزواج ، فالفرد ينبغى أن يترك له الخيار بين البقاء فى نظام الرهبنة أو الخروج عليه لأن الأمر يتعلق بالعقيدة .

وكل مايتصور أن يعرض على القضاء هو الطعن ببطلان عقد زواج الكاهن أو الراهب إذا كان ينتمى إلى ملة تجعل من صفة الكهنوت أو الرهبنة مانعا من الزواج . لايمكن قبول مثل هذا الطعن لأن الأمر يتعلق بحرية رئيسية من الحريات الإنسانية ، وإذا كان مافعله الراهب أو الكاهن يتعارض مع نظامه فإن سلطته الرئاسية توقع عليه الجزاءات التأديبية أو تخلع عنه صفته فهذا أمر داخلى لاغبار عليه.

---

(١) نقض ١٩٤٣/٥/١٤ المجموعة فى ٢٥ عاما ج ١ ص ٣٢٤ .

ولاشك أن اختيار الكاهن أو الراهب أمر يتصل بعقيدته الدينية .

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية . إذ رفضت اعتبار الرهبنة من موانع الزواج لأن ذلك ينطوى على مخالفة للنظام العام .

الفرع الثانى

إختلاف الدين

تجعل الشرائع المسيحية واليهودية بصفة عامة اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج . إلا أن ذلك المانع لايطبق أمام المحاكم لأن تطبيق شرائع غير المسلمين مشروط بإتحادهم فى الملة والطائفة . فإذا كان هناك اختلاف بين الأطراف طبقت أحكام الشريعة الإسلامية .

والشريعة الإسلامية لاتعتبر اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج ، إلا إذا تعلق الأمر بزواج مسلمة من غير مسلم فهنا يبطل الزواج ، أما أن تم الزواج بين مسلم ومسيحية ، أو بين مسيحى ويهودية فإنه يكون صحيحا .

وجدير بالذكر أن اختلاف الدينن أو الملة كمانع من الزواج هو من وضع الفقه الكنسى واقرار المجامع المسيحية ، حيث لايوجد أى نص بالعهد الجديد يشير الى قيام ذلك المانع فى أقوال السيد المسيح أو حواريه .

الفرع الثالث

القرابة القانونية والروحية

(أ) القرابة القانونية :

يقصد بالقرابة القانونية التبنى • ويعتبر التبنى مانعا من موانع الزواج عند طوائف الأقباط والأرمن والروم الأرثوذكس •

إلا أن تنظيم الشرائع الدينية للتبنى وإعتباره مانعا من موانع الزواج لايعتد به لأن قواعد القانون المدنى تطبق بالنسبة للجميع وهى لاتعترف بالتبنى كنوع من أنواع القرابة •

فالتبنى لايقوم إلا إذا أقره القانون • والقانون المصرى ـ أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية ـ لايعترف بنظام التبنى• إذ تنص الأية الكريمة ﴿ **وماجعل أدعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن تعلموا اباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم** ﴾ •

وتقرر محكمة النقض بأن التبنى وهو استلحاق شخص معلوم النسب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولدا وليس بولد حقيقى حرام وباطل فى الشريعة الإسلامية • ولايترتب عليه أثر أو حكم من الأحكام الشرعية ، اكتفاء بأن الإسلام قد أورد تنظيما كاملا محكما لأحوال اللقطاء وبما يكفل الحياة الشريفة لهم[١] •

وتفرق المحكمة بين التبنى والإقرار بالنسب بقولها : " يقصد بالتبنى استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأنه يتخذه ولدا مع أنه ليس بولد حقيقى ، ولئن كان يعد حراما وباطلا فى الشريعة الإسلامية ولايترتب عليه أى حكم من الأحكام الشرعية الثابتة ، إلا أن

---

(١) نقض ١٩٧٦/٢/١٠ س ٢٧ ص ٥٩٢ •

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالدعوة وهى الإقرار المجرد بالنسب مما ينطوى عليه من إعتراف ببنوة الولد وأنه يخلق من مثله سواء كان صادقا فى الواقع أم كاذبا ، فيثبت لهذا الولد عند ذلك شرعا جميع أحكام البنون اعتبارا بأنه كان كاذبا وقع عليه اثم الإدعاء ، ويصح النسب بهذا الطريق طالما لم يقرن به وجهه حتى ولو كانت الظواهر تكذبه ، ولايحول دون ذلك ورود الإقرار الصريح أو الضمنى لاحقا على التبنى المدعى به لما ينم عنه من رغبة المقر فى تصحيح الأوضاع مادام لم يبين وقت اقراره سبب هذه البنوة فيفرض أن المتوفاة قد تسلمت المطعون عليها من المستشفى بقصد التبنى فلا يشكل ذلك تناقضا ومن الميسور التوفيق بين الكلامين طالما لم يثبت نسبها إلى أخرى[1] .

(ب) القرابة الروحية :

تنشأ القرابة الروحية عن العماد المقدس ، وتقوم بين خادم سر العماد وهو الشبين أو الأشبين من جهة ، وبين الشخص المعمد ووالديه من جهة أخرى . ذلك أن الشبين يعتبر بالنسبة للطفل المعمد بمثابة الأب الروحى ، وتنشأ بينهما قرابة روحية يترتب عليها قيام صلة قرابة كذلك بالنسبة لوالدى الطفل الحقيقيين .

يعتد السريان والروم الأرثوذكس بهذا المانع ، فالسريان يحرمون الزواج بين المعتمد واشبينه وأولاد هذا الأشبين حتى الدرجة الرابعة ، أما الروم فيمنعون الزواج بين المعتمد واشبينه وبين الأشبين وأم المعتمدة وأولادها .

أما فى شريعة الكاثوليك ، فتعتبر القرابة الروحية مانعا من الزواج بين الأشبين من جهة وبين المعمد ووالديه من جهة أخرى . إلا أنه

---

(١) نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ س ٢٩ ص ٥٦٨ .

يجوز الإعفاء من هذا المانع بترخيص من الرؤساء الدينيين ٠

ولم تتحدث مجموعات الأقباط والأرمن الأرثوذكس عن هذا المانع ، وكذلك الحال بالنسبة للإنجيليين البروتستانت ، ومن ثم فلا تعتبر القرابة الروحية مانعا من الزواج لدى هذه الشرائع ٠

وعلى هذا فنظام القرابة الروحية يعد غريبا عن المجتمع المصرى ولانكاد نسمع عنه فى أوليات الشريعة المسيحية ، وليس له صدى فى ساحات القضاء ، ومن ثم لايمكن الأخذ به كقيد على حرية الزواج التى تتعلق بالنظام العام ٠

الفرع الرابع

الجريمة (الزنا ـ القتل)

(أ) الزنا :

لايقوم الزنا ـ من الناحية القانونية ـ إلا بالنسبة للشخص المتزوج عندما يتصل إتصالا جنسيا بشخص آخر ٠ وعلى هذا لايتصور الزنا كمانع من موانع الزواج إلا فى الفرض الذى يكون فيه الزوج الزانى قد انفصل عن زوجه بسبب الزنا أو لغيره ويريد الدخول فى علاقة زوجية جديدة مع شريكه فى الزنا أو مع شخص آخر ٠

تعتبر شريعة الأقباط الأرثوذكس الزنا مانع مطلق من موانع الزواج، ولايستطيع الزوج الزانى الدخول فى علاقة زوجية جديدة مع شريكه أو أى شخص آخر إلا بعد الحصول على إذن الرئيس الدينى المختص ٠

وتذهب بعض الشرائع (الروم والكاثوليك) إلى إعتباره مانعا نسبيا، أى يقتصر المنع من الزواج على مرتكبيه ٠ ولاتعرف باقى

الشرائع هذا المانع .

(ب) القتـــــل :

تنص كل من شريعتى الأقباط الأرثوذكس والكاثوليك على إعتبـار القتل مانع نسبى من موانع الزواج ، حيث يحرم زواج القاتل مـن زوج القتيل .

وتكتفى الشريعة القبطية بمجرد القتل حتى لو لم يكن بقصد الزواج. ويستوى أن يكون هناك تواطؤ من قبل الطـرف الأخـر أم لا . أمـا الشريعة الكاثوليكية فتشترط أن يكون هناك تواطؤ من الزوج الآخر فى صورة تعاون ولو أدبى ، ويلزم كذلك أن يكـون لـدى الشـريكين أو أحدهما نية الزواج بالشريك الآخر .

(ج) الجريمة ليست مانعا من الزواج :

نرى أنه ينبغى عدم إعمال الأحكام السابقة ، ومـن ثـم لاتعتـبر الجريمة (الزنا والقتل) مانعا من موانع الزواج للأسباب الأتية :

أولا : لسنا بصدد أصل من الأصول الأساسية فى الشريعة المسـيحية ، حيث لم يرد بذلك نص فى الإنجيل ، وقلة هى الطوائف التـى نصـت على ذلك الحكم . أضف إلى ذلك أنـه يمكـن الإعفـاء مـن المـانع بالحصول على إذن الرئيس الدينى المختص .

ثانيا : النص على الحرمان المطلق أو النسبى من الزواج يعتبر أمـر مخالف للنظام العام لتعارضه مع إحدى الحريات الأساسية التـى يقـوم عليها النظام القانونى المصرى ألا وهى حرية الزواج .

ثالثا : لاتعرف الشريعة الإسلامية الجريمة كمانع من موانع الـزواج . فلا تعتبر الزوجة الزانية أو الشريكة فى القتـل من المحرمـات من

النساء .

فزواج الزانى بشريكه فى الإثم لا تحرمه الشريعة الإسلامية وذلك لأن " منع الزواج بين الشريكين فى الإثم يؤدى إلى حرمان كل منهما من فرصة التوبة ، ويحول ــ بلا مبرر ــ دون تصحيح علاقة غير مشروعة ، خاصة إذا كان الزوج الذى ارتُكب الإثم فى مواجهته قد مات ، دون أن يكون أى من الشريكين فى الزنا مسئولاً عن وفاته " . فالزنا لايحرم النكاح لقول الرسول الكريم (لايحرم الحرام الحلال) . ولكن الفقهاء يشترطون التوبة أى الإستغفار والندم والإقلاع .

أما قوله تعالى ﴿ **الزانى لاينكح إلا زانية أو مشركة ، والزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك ، وحرم ذلك على المؤمنين** ﴾ فقصد به التأثيم وبيان بشاعة الجرم واقترابه من الإشراك بالله ، وذلك رغبة فى درء الغفل قبل وقوعه .

رابعاً : الزنا أو القتل أفعال لاتجرم إلا بنص من الناحية الوضعية . ولايمكن تقرير عقوبة اضافية ــ كالمنع من الزواج ــ إلا بنص تشريعى صريح ، فالأمر يتعلق بسياسة التجريم والعقاب وهى من أدق المسائل المتصلة بالنظام العام .

المطلب الثانى
موانع الزواج المطبقة

(أ) العــدة :

تتمثل العدة فى فترة زمنية معينة تلتزم بها المرأة عقب إنحلال رابطة الزوجية وقبل إبرام زواج جديد . فالعدة تعتبر مانعاً مطلقاً من الزواج ، إذ لاتستطيع المرأة أن تدخل فى رابطة زوجية طوال مدة

العدة مع أى شخص ، ولكن هذا المانع مؤقت ، حيث يزول بإنتهاء فترة العدة •

والهدف من العدة هو التأكد من براءة الرحم منعاً لإختلاط الأنساب• ولخطورة الأمر وماينطوى عليه من حيوية فإنه• من المجمع عليه أن العدة أمر يتعلق بالنظام العام • لذا فإن الشريعة الإسلامية بوصفها الشريعة ذات الولاية العامة هى التى تطبق لأن غالبية الشرائع الطائفية لاتعرف العدة •

وبالنسبة للأقباط الأرثوذكس ليست للمرأة التى مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجاً ثانياً إلا بعد انقضاء عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ • وينقضى هذا الميعاد إذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ عقد الزواج • ويجوز للمجلس الملى أن يأذن بتنقيص هذا الميعاد متى ثبت له بصفة قاطعة من ظروف الأحوال أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور[1] •

ونظراً لأنه قد تم إلغاء المجالس الملية ، فإن لمحكمة الأحوال الشخصية يرجع الأمر لإنقاص مدة العدة متى ثبت بدليل قاطع عدم المعاشرة خلال مدة العشرة أشهر •

وتطبيقاً لذلك فى قضية طلب المدعى فيها ببطلان زواجه بالمدعى عليها لأنه تزوجها قبل إنقضاء مدة عدتها (عشرة شهور) ، إذ تزوجت به قبل إنقضاء خمسة شهور على الحكم بتطليقها من زوجها الأول • قضت المحكمة برفض الدعوى وإستندت إلى :

" أن شبهة اختلاط الأنساب ـ الحكمة من العدة ـ غير قائمة فى الدعوى إذ ثبت للمحكمة أن الزوج الأول لم يختلط بالمدعى عليها

---

(١) م ٢٥ تقترب من نفس الحكم طوائف الأرثوذكس الأخرى : م ١٢ (أرمن) ، م ١٢ (سريان) ، م٣ هـ (الروم) •

اختلاطا جنسيا إلا فى الشهرين الأولين من زواجه وذلك لحالة نفسية تولدت لديه لكراهيتها • وقد رفعت الزوجة دعوى تطليق الأول وكانا فى ذلك الوقت مفترقين إلى أن حكم بتطليقها وتأيد الحكم استئنافيا • وقد قررت الزوجة بمحضر المناقشة أمام هذه المحكمة أنها لم تكن حاملا وقت أن تزوجها المدعى (الزوج الحالى) ولم تنجب ذرية لها من الزوج السابق ولا من الزوج الحالى فهى تصدق بقولها شرعا فى مدة عدتها ، خاصة وقد وافقها المدعى على أنها دخلت به ولم تكن حاملا وكانت عاقرا • فتكون ظروف الأحوال كلها قاطعة فى أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور قبل زواجها من الزوج الحالى وأن الفترة التى قضتها الزوجة بين تطليق زوجها الأول وزواجها بزوجها الثانى كافية لتنقيص مدة العدة بالنسبة للظروف والملابسات التى أحاطت بالزوج الأول والتى تقطع بعدم اتصاله بها مدة طويلة وأصبحت مسألة اختلاط الأنساب التى من أجلها شرعت العدة بعيدة عن كل شبهة ، ومن حق هذه المحكمة ومن اختصاصها أن تقضى بتنقيص مدة العدة الواردة فى المادة ٢٥ ، وإذا كان ذلك قبل الزواج أو بعده لإنها وحدها صاحبة الإختصاص فى كل ما يتعلق بأمور الأحوال الشخصية بعد إلغاء المجالس الملية[١] •

وهناك ثلاثة أنواع من العدة فى الشريعة الإسلامية :

١ - عدة بالإقراء بالنسبة للمطلقة ، ومقدارها ثلاثة قروء لقوله تعالى ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ فإذا لم تكن المرأة من ذوات القروء أو استمر نزول الدم عليها ، فعدتها مضى ثلاثة أشهر • والإختلاف حول انقضاء العدة أو عدم انقضائها تصدق فيه المعتدة بقولها وإن كانت العدة تحتمل الإنقضاء •

---

(١) القاهرة الإبتدائية ١٩٥٨/٦/١٥ •

٢ – العدة بالأشهر ، بالنسبة للمتوفى عنها زوجها ولم تكن حاملا فهذه عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، لقوله تعالى ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة اشهر وعشرا** ﴾ .

٣ – العدة بوضع الحمل ، بالنسبة لمن حصلت الفرقة بينها وبين زوجها وهى حامل سواء كانت الفرقة بوفاة أو بغيره .

وبالنسبة للزوجة المطلقة قبل الدخول بها فلا عدة عليها ، وتحل للزواج بمجرد الطلاق لقوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهم من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها** ﴾ .

(ب) الإرتباط بزيجة قائمة :

القاعدة أن حظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج على السواء يعد من المبادئ الأساسية فى الشريعة المسيحية حتى أصبحت شريعة الزوجة الواحدة . وهذا المبدأ يعتبر من القواعد الأصلية فى المسيحية على إختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الإحترام والخليقة بالإنصياع فيما بين المسيحيين . بحيث أنه فى نطاق التعدد المعاصر للزيجات ـ بخلاف الزيجات المتعاقبة ـ يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ، ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه .

والممنوع هو تعدد الزواج المتعاصر أى الذى يتم فى وقت واحد وليس التعدد المتتابع أى الزواج أكثر من مرة ، دون الجمع بين أكثر من زوج أو أكثر من زوجة .

فإذا كان الزواج السابق قائما وصحيحا ، فإن الزواج الجديد يعتبر باطلا لوجود المانع ، والعبرة هنا بالزواج الدينى وليس بالزواج المدنى

أو الخطبة ، ويكفى مجرد العقد ولو لم يتم الدخول ، فلا يجوز اجتماع عقدى زواج فى آن واحد ٠

غير أنه إذا كان الزواج السابق باطلاً أو كان قد انحل لسبب من أسباب الإنحلال الشرعية كالوفاة أو الطلاق وصدر حكم نهائى بذلك ، فإنه يمكن الزواج مرة ثانية بشرط أن تقضى الزوجة فترة العدة ٠

ويلزم أن يكون بطلان أو إنحلال الزواج الأول ثابتاً على وجه يقينى كصدور حكم قضائى أو دليل آخر قطعى ، فالنصوص لاتشترط صدور حكم لأن الحكم يعتبر كاشفاً وليس منشئاً ٠

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : " مفاد نص المادة ٥٩ من الإرادة الرسولية (مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الكاثوليك)، أنها لاتحرم الزواج إلا على من كان مرتبطاً برباط زواج سابق قائم ، حتى ولو كان هذا الزواج السابق لم يكتمل بالمساكنة بين الزوجين أو المباشرة الجنسية التامة ، لأن الدين المسيحى فى نظرهم يعتبر أن الزواج علاقة جسدية وروحية غير قابلة للإنفصال ، غير أنه إذا كان الزواج السابق باطلاً أو كان قد انحل لسبب من أسباب الإنحلال ، فلا يجوز عقد الزواج الثانى إلا بعد التثبت من بطلان الزواج الأول أو انحلاله[1] ٠

تذهب بعض الطوائف المسيحية ـ بالنسبة للزواج المتعاقب ـ الى كراهية الزيجة الثالثة وتحريم الرابعة ٠ إلا أن هذا القول لايعتد به لتعارضه مع حرية أساسية للأفراد هى تلك المتعلقة بالحق فى الزواج ،

---

(١) جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٠ س ٢٣ ص ٤٤٢ ٠

لأن أعمال الشرائع الطائفية لايكون إلا فى الحدود التى لاتتعارض فيها أحكامهم مع النظام العام . [١]

(ج) المرض :

يعتبر المرض – فى حالات معينة – ومن أهم صوره العجز الجنسى ، سبباً من أسباب بطلان الزواج وإنحلاله .

فالمرض السابق على الزواج يمكن أن يكون مانعاً يؤدى إلى بطلان العقد ، أما المرض اللاحق فيؤدى إلى انقضائه أو إنحلاله . ويختلف الإنحلال عن البطلان ، رغم أن كلاهما يؤدى إلى انقضاء الزواج ، فإنحلال الزواج يقصد به انقضاؤه لسبب لاحق بعد نشوئه صحيحاً مستجمعاً كافة أركانة وشروطه ، ويكون الإنتهاء بالنسبة للمستقبل . أما البطلان فالعقد لاينشأ صحيحاً لسبب يتعلق بشروط انعقاد الزواج ، أى أن السبب يكون معاصراً له أو سابقاً عليه ، لذا فالعقد يزول بأثر رجعى.

والفرض الغالب للمرض كسبب لإنقضاء الزواج بالبطلان أو الإنحلال هو العجز الجنسى . إلا أنه يندر التمسك بالمرض كسبب لبطلان الزواج ، بل الصورة الغالبة هى التمسك به كسبب للتطليق . لأن المرض كثيراً ما يستجد أو يكتشف بعد الزواج ، أضف إلى ذلك أن

---

(١) القضاء بالتفريق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس عدم اعتباره بذاته مانعاً من موانع الزواج إلا إذا قضى الحكم بحرمان أحد الزوجين أو كليهما من الزواج. م٦٩ لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨، خلو الحكم من المنع من الزواج . مؤداه لكل من الزوجين أن يتزوج بمن طلق منه أو غيره شرطة ألا يكون هناك مانع أخر يحول دون إتمام الزواج اللاحق. عدم لزوم الحصول على إذن من الرئاسة الدينية مادام العقد قد تم وفقاً للإجراءات الكنسية المقررة. وجود اتجاهات فقهية مخالفة. لا أثر له. علة ذلك. (الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٦٣ قضائية "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٧/٦/١٦).

القضاء يفضل الحكم بالتطليق بدلاً من البطلان لتفادى الأثر الرجعى للبطلان وصعوبة إعماله بالنسبة للعلاقة الزوجية ٠

لذا نحيل فى دراستنا للمرض بصفة عامة والعجز الجنسى خاصة الى موضع ذلك عند تناولنا لأسباب التطليق ٠

(د) قرابة النسب :

وتسمى قرابة الدم أو القرابة الطبيعية وهى الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك ، وهى إما أن تكون قرابة مباشرة تربط اشخاصاً بتسلسل أحدهم عن الأخر ، كالصلة بين الأصول والفروع (الابن والأب والجد) ٠ وهى إما أن تكون قرابة حواشى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون بينهم تسلسل عمودى كقرابة الأخوال والأعمام والأخوة ٠

وتحسب درجات القرابة بنوعيها عن طريق اسقاط الأصل أو الأصل المشترك دائماً ، وإعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة ٠

بالنسبة للقرابة المباشرة تتفق الشرائع المسيحية على تحريم الزواج بين الأصول والفروع مهما بعدت الدرجة فيحرم على الشخص التزوج بأصوله وإن علوا وبفروعه وإن نزلوا ٠

ويعتد بقرابة الدم المباشرة كسبب للتحريم حتى ولو كانت غير شرعية ، كما لو كانت ناتجة عن زنا وليس من زواج صحيح ؛ فالبنت غير الشرعية تحرم على أبيها غير الشرعى ، والأم على ابنها غير الشرعى وفروعه ٠

أما عن القرابة غير المباشرة فالمتفق عليه تحريم فروع الأبوين مهما نزلت الدرجة كالأخوة والأخوات وفروعهم ٠

وبالنسبة لفروع الأجداد فالإتفاق على تحريم من هـم فـى مرتبـة الأصول كالأعمام والأخوال وأعمام الأب وأخوال الأب • أما فيما عـدا ذلك فتختلف الشرائع المسيحية حيث تحرم شريعة الكـاثوليك الـزواج حتى الدرجة السادسة ، ويقف المنع لدى الروم والأرمن عند الدرجـة الخامسة • وهذا الحكم يخالف الشرائع الأخرى (الأقباط والبروتسانت) التى تقف بالتحريم عند الدرجة الرابعة • ويخالف ما إنتهى إليه القانون الكنسى الغربى ، حيث قصر التحريم على الأقـارب حتـى الدرجـة الثالثـة •

والأحكام السابقة لاتخرج عن تلك الواردة فى الشريعة الإسـلامية تماماً حيث يحرم من النساء فروع الرجل وأصوله ، وفروع أبويـه وإن نزلن ، وفروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحـدة ، فالمـانع يقف عند الدرجة الثالثة استناداً إلـى قولـه تعـالى ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت** ﴾ •

(هـ) قرابة المصاهـرة :

يترتب على الزواج قرابة مصاهرة بين كل من الزوجين وأقـارب الزوج الآخر ، وتنشأ تلك القرابة من الزواج الصحيح ، حتى لـو لـم يكتمل بالمعاشرة الجنسية ويحرم على الزوج التزوج بأقـارب الـزوج الأخر ، لأن أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابـة والدرجـة بالنسبة للزوج الآخر •

يشمل التحريم ــ لدى الأقباط الأرثوذكس ــ أصول وفروع الزوجة أو الزوج ، زوجات الأصول والفروع ، أصـول وفـروع زوجـات الأصول والفروع ، زوجات الأعمام والأخوال ، أخت الزوجة ونسـلها وبنت أخيها ونسلها ، زوجة الأخ وأصولها وفروعها ، عمة الزوجـة ،

زوجة عمها وخالتها وزوجة خالها ، أخت زوجة الوالد وأخت زوج الوالدة ، أخت زوج البنت وأخت زوجة الابن .

وتزداد شريعة الكاثوليك توسعاً حيث تقيم التحريم بين أقارب الزوجين من الدم حتى الدرجة الرابعة ، حيث يمتنع الزواج بين أخوة الزوجين .

تتوسع الشرائع المسيحية كثيراً فى قائمة المحرمات بالنسبة لقرابة المصاهرة ، بعكس الحال فى الشريعة الإسلامية التى تقتصر على تحريم أصول وفروع الزوج الآخر ، هذا بالإضافة الى زوجات الأصول والفروع .

ويمكن توحيد الحكم بالنسبة لكافة المصريين وذلك بتطبيق ماتنص عليه الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد ، وليس فى ذلك أدنى حرج بالنسبة للمسيحيين . لأن حكم التحريم بسبب قرابة النسب واحد فى الشريعتين . أما قرابة المصاهرة فتوسع الشريعة المسيحية ليس له مايبرره بدليل أن القانون الفرنسى المشتق أساساً من المذهب الكاثوليكى اقتصر على نفس المحرمات الواردة فى الشريعة الإسلامية .

(و) قرابة الرضاع :

عرفت بعض الكنائس المسيحية ــ السورية والأرمنية والقبطية ــ قرابة الرضاع كمانع من موانع الزواج ، وقد نظمت شريعة السريان الأرثوذكس هذا المانع بطريقة تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية .

ويشترط لقيام هذا المانع عند السريان أن ترضع المرأة المولود سنتين كاملتين دون انقطاع ، وأن يكون اللبن خالصاً غير مختلطاً بأى سائل آخر ، وأن تكون قد اكتسبت اللبن من رجل واحد .

فإذا توافرت الشروط السابقة فإن المانع يقوم بين الرضيع والمرضع

وزوجها وأولادها ، وتقاس القرابة على ذلك حتى الوجه الخامس •

والقاعدة فى الشريعة الإسلامية أن كل من تحرم بالقرابة أو المصاهرة تحرم بالرضاع • وقد سبق أن بينا حالات التحريم بسبب قرابة النسب وقرابة المصاهرة •

ولكن الأحناف استثنوا حالات لايحرم فيها الزواج بسبب الرضاع وهى تلك التى تثبت فيها مع النسب علاقة ولاتثبت فيها مع الرضاع وهى :

١ - أم الأخ أو الأخت من الرضاع لاتربطهما بالأخ علاقة ولذلك لاتحرم بينما نظيرتها فى النسب تحرم •

٢ - أخت الابن أو البنت من الرضاع لاتربطهما بالأب علاقة بينما تقوم هذه العلاقة حتماً فى حالة النسب لأنها إما أن تكون بنته أو بنت زوجته •

٣ - جدة ابنه أو بنته رضاعاً لعدم وجود علاقة تربطهما به ، بينما تقوم العلاقة فى حالة النسب لأنها من أمهات زوجته •

والرضاع المحرم هو مايتم خلال مدة الرضاع وهى سنتان ، ويذهب البعض الى القول بأن قليل الرضاع وكثيره سواء فى التحريم ، بينما يرى الآخرون أن الرضاع لايحرم إلا بخمس رضعات مشبعات •

خاتمة

هل يمكن توحيد موانع الزواج ؟

رأينا أن كثيراً من موانع الزواج التى توردها الشرائع الطائفية غير مطبقة مثل : اختلاف الدين ، والكهنوت والرهبنة ، القرابة الروحية والقرابة القانونية ، والجريمة •

أما بالنسبة للموانع القائمة فإن الأحكام فى جملتها لاتختلف كثيراً عن تلك الواردة فى الشريعة الإسلامية ، سواء فيما يتعلق بالقرابة ، (مصاهرة ، نسب ، رضاع) أو العدة • وعلى هذا فتوحيد الأحكام فى هذا الصدد أمراً ميسوراً ، ولعل الحكم محل الخلاف هو تعدد الزوجات، فالشريعة المسيحية تعتبر الارتباط بزيجة قائمة مانعاً من موانع الزواج أما الشريعة الإسلامية فتعتبر الزيجة الرابعة مانعاً من الزواج • وقد رأينا أن هذا الإختلاف لايشكل من الناحية العملية عقبة مانعة من التوحيد ، وعرضنا لذلك فى الباب الأول فنحيل الى ذلك الموضوع •

المبحث الثالث
التراضى على الزواج

الرضا عنصر جوهرى وأولى لقيام الزواج ، ولايكفى فقط أن يكون الرضا موجودا ، بل يلزم كذلك أن يكون سليما وصحيحا أى خاليا مـــن عيوب الإرادة ٠

المطلب الأول
وجود الرضـا

(أ) طبيعة التراضـــــى :

التراضى على الزواج هو **الركن الجوهرى** لقيامه فى كافة الشرائع، ولايتصور زواج بدون تراضى أطرافه ، أى بتطابق إرادتى الطرفيـــن على الدخول فى العلاقة الزوجية ، والخضوع للنظام القانونى للزواج ٠

ويمكن لكل من العروسين أن **يعبر عن إرادته** بـــأى وســـيلة مـــن الوسائل تدل على نيته وقصده ، وذلك كالكلام أو الإشـــارة أو الإيمـــاء بالرأس كأن تؤمئ الزوجة برأسها عند سؤال الكاهن لها عن رضائـــها بالزواج ، وكما لو مدت يدها لوضع خاتم الزواج ٠

بل أن **السكوت الملابس** أى الناشئ عن إتخاذ موقف لايدع مجـــالا للشك فى دلالته على الرضا بالزواج ، كالزوجة التى تعد نفسها للـزواج وتذهب الى الكنيسة عن طواعية ، ولاشك أنه من باب أولى بالنسبة لمن لايستطيع النطق كالأخرس ، يمكـــن التعبـــير عـــن الرضـــا بطريـــق الإشـــارة٠

ويجب أن تكون صيغة الزواج قاطعة فى الإنشاء فـــى الحـــال ، إذ لايعقل أن يكون **الزواج معلقا على شرط أو مضافا إلـــى أجـل** ، لأن

التراضى على الزواج ينبغى أن يكون حالا ، والصيغة المعلقة أو المضافة لاتفيد ذلك ، وكلتاهما لاتتفق مع حقيقة عقد الزواج الشرعية وعظيم شأنه وطبيعته الأبدية • والزواج الموصوف بشرط أو بأجل يكون باطلا لأن ذلك يناقض حقيقته الشرعية •

ويذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول بصحة العقد وبطلان الشرط المقترن به إذا كان مخالفا لنظام الزواج القانونى كأن يشترط الزوج عدم انفاقه عليها ، وأن تشترط هى أن يعزل عنها لئلا تلد منه ، أما إن كان الشرط يتنافى مع طبيعة العقد فالزواج باطل كأن يشترط قيام الزواج لمدة معينة فقط •

ويقرر القانون الكنسى أن **الزواج الصورى** يعتبر باطلا ، لعدم وجود تطابق بين القصد الحقيقى والقصد الظاهر • فإذا لم تتجه نية الأطراف إلى إبرام زواج حقيقى ، أو اقترنت ارادتهما أو إرادة أحدهما بتحفظ ذهنى يتنافى مع مقاصد الزواج ، كان الزواج لاغيا •

(ب) أهلية التراضى على الزواج :

من المقرر أنه ببلوغ الشخص سن الرشد (٢١ سنة) يستطيع أن يبرم زواجه بنفسه دون تدخل أو موافقة الولى •

ويثور التساؤل بالنسبة للمعتوه ، قررت محكمة النقض بأن عقد المعتوه زواجه بنفسه أو بوليه الأبعد عقد موقوف على إجازة الولى الأقرب،والإجازة تثبت بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولا وفعلا[١].

وتحدد شريعة الأقباط الحد الأدنى لسن الزواج بـ ١٨ سنة للرجل و١٦ سنة للأنثى • وهذا هو نفس السن الذى اشترطه القانون حيث لايمكن توثيق الزواج إلا عند بلوغ الزوجين السن المذكورة •

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٢/٢/١٤ س ٢٤ ص ٢٥١ •

وينبغى تدخل الولى فى الحالات التى يبلغ فيها الشـخص السـن المحددة للزواج ولكنه لازال خاضعا للولاية على النفس أى لم يبلغ سـن الرشد بعد • وموافقة الولى لاتجدى إذا كان الشخص لـم يبلـغ السـن المحددة للزواج ، ولاتغنى عن صدور الرضاء من الزوج نفسه[1] •

(ج) الوكالة فى الزواج :

تشترط الشرائع الطائفية حضور الزوجين شخصيا لإجراء المراسيم وتلقى البركة من الكاهن • فالطابع الشكلى والدينى للزواج المسـيحى يستلزم صدور الرضا من الطرفين شخصيا أمام الكاهن • ويتم الزواج علنا أمام الشهود بعد إتمام الإجراءات والطقوس الدينية المقررة •

وعلى ذلك فإن القاعدة العامة أنه لايجوز الوكالة فى عقد الـزواج ، ولايمكن أن يبرم أحدهما الزواج بواسطة وكيل عنه ، أو إذا تخلف أحـد الطرفين ولو عبر عن ارادته بأية وسيلة ولو كانت قاطعة كـالتليفون أو المراسلة •

إلا أن الشريعة الكاثوليكية تجيز الوكالة فى الـزواج علـى سـبيل الاستثناء ، فى حالة الضرورة ، وتحت إشراف الكـاهن • وعلـى أن يباشر الوكيل مهمته بنفسه ، دون أن يوكل غيره •

وتعرف الشريعة الإسلامية الوكالة فى الزواج ، حيث يصـح لكـل من الزوجين البالغين العاقلين أن يوكلا بزواجهما من شاءا • وللولى أن يوكل من ينوب عنه•وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن الموكل •

---

(١) مفاد نص المادة الأولى من لائحة الزواج والطلاق والبائنة الخاصة بطائفـة الـروم الأرثوذكس الصادرة فى ١٥ مارس سنة ١٩٣٧ والمعدلة فى فبراير سـنة ١٩٥٠ أنـه لايكفى لإنعقاد الزواج فى شريعة الروم الأرثوذكس أن تتوافر الشروط الموضوعية مـن حيث الأهلية والرضا وانتفاء الموانع ، وإنما يلزم الى جانب ذلك أن يتم الزواج علنا ووفقـا للطقوس الدينية المرسومة وإلا كان الزواج باطلا • مثلها فى ذلك مثل سـائر الشـرائع المسيحية فى مصر • نقض ١٩٧٢/١١/١٤ س ٢٢ ص ١٢٤٦ •

المطلب الثانى
سلامة الرضاء (عيوب الإرادة)

عيوب الإرادة Vices du Consentement التـــى يمكـــن أن تمـــس سلامة الرضاء وتجعل العقد قابلا للإبطال ــ طبقا للقواعد العامة فـــى القانون المدنى ــ تتمثل فى الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال ٠

إلا أنه لايمكن تطبيق نظرية عيوب الإرادة بصورتها المعروفة فـــى العقود العادية على عقد الزواج ٠ نظرا لأن الزواج وإن كان عقدا ، إلا انه نظام قانونى يتسم بالإستقرار والتوازن ويرتبط بالمصالح الإجتماعية الحيوية ، هذا بالإضافة الى قيامه على الاعتبارات النفسية والعاطفيـــة التى يصعب تحديدها ووزنها ٠ لذا تستبعد الشرائع من نطـــاق عيـــوب الرضاء كل من التدليس والغبن (الإستغلال) ، ويقتصر الأمر علـــى الغلط والإكراه ٠

فلا يتصور الطعن فى الزواج بالغبن Lesion لأنه يفـــترض عقـــدا يقوم على التوازن المالى ، وإن هناك خللا فى هذا التوازن٠والـــزواج وإن كان يرتب آثارا مالية ، إلا أن محله الأساسى ذا طبيعة شـــخصية يصعب تقديرها ٠

ولايقبل كذلك الطعن بالتدليس dol ، حيث تعارف الناس علـــى أن كل طرف يحاول أن يظهر بمظهر حسن أمـــام الآخـــر أثنـــاء فـــترة الخطوبة، ولو أمكن ابطال الزواج لعيب التدليس لدمرت كثـــير مـــن الزيجات ٠ ولكن التدليس يمكن أن يؤدى الى ابطال الزواج إذا ادى الى وقوع الطرف الآخر فى غلط ، أى أن الطعن هنا يكون لتعيـــب الإرادة بعيب الغلط ٠

فعيوب الإرادة التى يعتد بها فى نطاق عقد الزواج تقتصـــر علـــى

الغلط والإكراه وماقد يتصل به فى حالة الخطف • إلا أنه يجدر الإشارة فى هذا المجال كذلك إلى أن الأحكام التى يطبق من خلالها هذين العيبين هى تلك الواردة بالشرائع الدينية وليست تلك الواردة بالقانون المدنـــى ، فلا يرجع لتلك الأحكام إلا إذا خلت الشرائع الخاصة من تنظيم للمســألة المعروضة •

الفرع الأول

الغلط والغش فى الزواج

(أ) مفهوم الغلط وأنواعه :

يتمثل الغلط فى حالة تقوم فى نفس المتعاقد تدفعه الى توهـــم غـــير الواقع ، وهو إما أن يكون غلطا فى القانون أو غلطا فى الواقع • وهـذا الأخير إما أن يرد على ذات الشخص وإما فى صفة من صفاته •

ويبدو الغلط فى القانون فى حالة توهم عنصر من عناصر النظـــام القانونى للزواج على غير حقيقته ، كأن يتزوج الرجل الكاثوليكى معتقدا انه يستطيع أن يعدد زوجاته أو أن يطلق وقتما يشاء ، فإن هـــذا يعــد غلطا فى القانون لايعتد به ولايؤثر على صحة الزواج •

أما عن الغلط فى الشخص فيكون فى الذات ، كأن يحل شخص محل أحد الزوجين ، كمن يخطب إنسانه ثم يتبين أن المعقود عليها غيرهـــا ، فمثل هذا الأمر مع ندرته فى الوقت المعاصر ن فإن الشرائع تتفق على أنه يؤدى إلى بطلان الزواج •

وبالنسبة للغلط فى الصفة ، فإن الشرائع الدينية والقوانين الحديثـــة ترفض كقاعدة عامة إبطال الزواج إذا وقع أحد الزوجين فى غلط فـــى صفة جوهرية من صفات الطرف الآخر •

(ب) الغلط فى البكارة وعدم الحمل :

تعتد شريعة الأقباط الأرثوذكس ـ على سبيل الاستثناء ـ بالغلط فى الصفة الجوهرية فى الزوجة فى حالتى البكارة والخلو من الحمل • أى أن هذه الشريعة تعتد بالغلط فى الشخص سواء بالنسبة للمرأة أو الرجل ، أما الغلط فى الصفة الجوهرية فلا يعتد به بالنسبة للرجل (ويعتد به بالنسبة للمرأة فى حالتين فقط البكارة والحمل دون ما إعتداد بالصفات الجوهرية الأخرى • ومن ثم فإن إخفاء حقيقة سن أحد الزوجين[1] أو التحريف فى بعض البيانات الواردة بالعقد كالمهنة ومحل الإقامة وتاريخ الميلاد لايؤثر فى صحة العقد •

ويشترط القضاء ـ لإبطال عقد الزواج بسبب الغلط فى البكارة أو الحمل ـ عدة شروط هى[2] :-

---

(١) وتقرر محكمة النقض عدم جواز ابطال العقد لمجرد تغيير الزوجة فى تاريخ ميلادها طالما تجاوزت الحد الأدنى لسن الزواج •

مفاد نص المادة ٢٧ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين الصادرة فى ١٩٣٨/٥/٩ أن السبب الذى يشوب الإرادة ويكون من شأنه بطلان عقد الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس هو وقوع غلط فى شخص المتعاقد بالنسبة لأى من الزوجين ، أو وقوع غلط فى صفة جوهرية متعلقة بالزوجة فقط وبالنسبة لصفتين بالذات هما البكارة والخلو من الحمل دون ما إعتداد بالصفات الجوهرية الأخرى ، مما مفاده أن إخفاء حقيقة سن أحد الزوجين ـ فى حالة تجاوز الحد الأدنى الذى لايصح الزواج قبل بلوغه عملا بالمادة ١٦ من المجموعة سالفة اذلكر ـ لايترتب عليه بطلان الزواج ولا يغير من ذلك ماتنص عليه المادة ٣٣ منها من أنه " يثبت الزواج فى عقد يحرره الكاهن بعد حصوله على الترخيص المنصوص عليه فى المادة السابقة ، ويشمل عقد الزواج على البيانات الأتية : اسم كل من الزوجين ولقبه وصناعته ومحل اقامته وتاريخ ميلاده من واقع شهادة الميلاد أو مايقوم مقامها •• " لأن هذه المادة ـ طبقا لصريح نصها ـ إنما يقصد بها مجرد اعداد الدليل لإثبات حصول الزواج ، وليس من شأن التحريف فى بعض هذه البيانات إبطال عقد الزواج الذى تواجهة المادة ١٧ على ماسلف بيانه • نقض ١٩٧٦/٤/٢٨ س ٢٧ ص ١٠٢٨ •

(٢) النص فى المادة ٢٧ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٩٣٨ على أنه " ••• إذا وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الذى وقع عليه الغش • كذلك الحكم فيما إذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن ادعت بإنها بكر وثبت أن بكارتها ازيلت بسبب سوء سلوكها أو =

١ - أن يكون ذلك راجعا إلى سوء سلوك الزوجة ، وعلى الزوج إثبات ذلك • ويمكن الإستعانة فى هذا الصدد بالطب الشرعى • إذ يمكن أن تزول البكارة لأسباب أخرى كالرياضة أو عملية جراحية أو حادثة •

٢ - يشترط أن يكون الغلط فى البكارة أو عدم الحمل مردودا الى غش وقع على الزوج ، أى أن تكون الزوجة قد أخفت ذلك عن الزوج• أما إن كان الزوج على علم ، أو كان ذلك ثمرة الإتصال بينهما قبل الزواج فإن العقد يظل صحيحا •

٣ - يشترط أن يرفع الزوج دعوى البطلان فى ظرف شهر من وقت علمه بالغش على ألا يكون قد حصل اختلاط زوجى بين الطرفين بعد هذا العلم لأن ذلك يعتبر إجازة ضمنية للعقد • فبطلان الزواج بسبب الغش فى بكارة الزوجة أو خلوها من الحمل يعتبر بطلانا نسبيا يزول بالإجازة اللاحقة من الزوج الذى وقع فى الغلط • ويعتبر الإختلاط الزوجى بعد إكتشاف الغلط من قبيل الإقرار اللاحق •

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها " النص فى مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثونكس على أنه " لاتقبل دعوى البطلان فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة السابقة إلا إذا قدم الطلب فى

= فى خلوها من الحمل وثبت أنها حامل " ـ يدل وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ على أن الغش فى بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج على أساس انه غلط فى صفة جوهرية يعيب الإرادة وهو يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة انها بكر على خلاف الحقيقة ثم يثبت فيما بعد أنها لم تكن بكرا وأن الزوج لم يكن على علم بذلك من قبل ، شريطة أن يثبت هو أن بكارتها أزيلت نتيجة سوء سلوكها • نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨ •

تنص المادة ٣٦ من مجموعة سنة ١٩٥٥ الخاصة بقواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثونكس على أنه يجوز الطعن فى الزواج " إذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن أدعت أنها بكر ، وثبت أن بكارتها ازيلت بسبب سوء سلوكها " ومفاد هذا النص أن الغش فى بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج على أساس أنه غلط فى صفة جوهرية يعيب الإرادة ، وهو يتوافر بمجرد إدعاء الزوجة أنها بكر على خلاف الحقيقة ، ثم يبين فيما بعد أنها لم تكن بكرا ولم يكن الزوج يعلم بذلك من قبل ، على أن يثبت هو أن بكارتها قد ازيلت نتيجة سوء سلوكها • نقض ١٩٧٢/٥/٣ س ٢٣ ص ٨١١ •

ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعا بكامل حريته أو من وقت أن علم بالغش وبشرط ألا يكون قد حصل اختلاط زوجي من ذلك الوقت " • يدل على أن بطلان الزواج بسبب الغش فى بكارة الزوجة أو الغش فى شخص أحد الزوجين أو خلو الزوجة من الحمل هو بطلان نسبى يزول بالإجازة اللاحقة من الزوج الذى وقع فى الغلط بما وقع فيه• ويعتبر الإختلاط الزوجى بعد اكتشاف الغلط من قبيل الاقرار اللاحق • لما كان ذلك وكان الحكم قد اتخذ من تاريخ اقرار الطاعنة بتحقيقات النيابة العامة تاريخا لعلم الزوج اليقينى بالغش المدعى به ، وقضى بقبول الدعوى لرفعها خلال شهر من تاريخ هذا العلم ، وكان ماخلص اليه الحكم فى هذا الصدد سائغ وله مأخذه من التحقيقات ، فإن النعي عليه يكون على غير أساس[1] •

(ج) سلطة المحكمة فى ابطال الزواج بسبب الغش فى بكارة الزوجة:

يتضح مما سبق أن الغش فى بكارة الزوجة يجيز إبطال الزواج على أساس أنه غلط فى صفة جوهرية يعيب إرادة الزوج وقت إنعقاده ، وهو يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة أنها بكر على خلاف الحقيقة ، ثم يتبين فيما بعد أنها لم تكن بكرا ولم يكن الزوج على علم بذلك من قبل ، شريطة أن يثبت هو أن بكارتها قد ازيلت بسبب سوء سلوكها ، بشرط أن يرفع دعوى البطلان فى ظرف شهر من وقت علمه بالغش ، على

---

(١) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨ •

مفاد نص المادتين ٣٧ ، ٣٨ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٩٣٨ التى طبقها الحكم ، أن الغش فى بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج على أساس أنه غلط فى صفة جوهرية يعيب الإرادة ، ويشترط أن يرفع الزوج دعوى البطلان فى ظرف شهر من وقت علمه بالغش ، على ألا يكون قد حصل اختلاط زوجى بين الطرفين بعد هذا العلم لأن ذلك يعتبر اجازة ضمنية للعقد • نقض ١٩٧٤/٦/١٢ س ٢٥ ص ١٠٢٥ •

ألا يكون قد حصل إختلاط زوجي بين الطرفين من ذلك الوقت لما في هذا الإختلاط من إجازة ضمنية للعقد .

وتؤكد محكمة النقض في هذا الصدد عدة مبادئ هامة بصدد سلطة المحكمة في التحقق من شروط الحكم ببطلان الزواج ومدى امكانية التعويل على إقرار الزوجة :-

- توافر الغلط ووقت إتصال علم الزوج به ومخالطته أو عدم مخالطته لزوجته بعد هذا العلم من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها طالما قد بينت الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها عليها وأقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله . إذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد أسبابا موضوعية سائغة تكفي لحمل قضائه بأن المطعون عليه لم يكن يعلم عند الزواج أن الطاعنة ثيب مما لاتجوز المجادلة فيها أمام محكمة النقض ، ولايعيبه بعد ذلك أنه لم يرد على القرائن التي ساقتها الطاعنة للتدليل على ذلك العلم ، فيكون النعي عليه بالقصور في التسبيب – على غير أساس[1] .

- بطلان الزواج هو الجزاء المترتب على عدم استجماع شروط إنشائه الموضوعية منها والشكلية وهو ينسحب على الماضي بحيث يعتبر أن الزواج لم يقم أصلا بخلاف أسباب انحلال الزواج من طلاق أو فسخ والتي تعتبر إنهاء له بالنسبة للمستقبل مع الإعتراف بكافة آثاره في الماضي .

- إذا كان الحكم المطعون فيه أسس قضاءه ببطلان عقد زواج الطاعنة من المطعون عليه على أن الزوجة قد أزيلت بكارتها بسبب سوء سلوكها قبل عقد قرانها ، وأنها أدخلت الغش على الزوج بإدعائها في عقد الزواج أنها بكر ولم يكن هو يعلم بأنها ثيب ، الأمر الذي يجعل

---

(١) نقض ١٩٨٥/٤/١٦ س ٣٦ ق ص ٦٠٦ .

إرادته مشوبة بغلط فى صفة جوهرية إستنادا إلى أقوال شاهدى المطعون عليه المؤيدة بالإقرار الذى حررته الطاعنة ليلة زفافها ، وكان هذا الإقرار قد حوى إعترافا صريحا من الزوجة بذلك ، وكان ما ثبت فى ذلك الإقرار بالإضافة الى ماسبق لايشير إلى اتفاق على فسخ الزواج ن وإنما ينطوى على تأكيد للقول ببطلانه ، فإنه لاتثريب على الحكم إن إعتد بدلالة ذلك الإقرار[١] .

- متى كانت الأوراق خلوا مما يفيد تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأنها كانت مكرهة على التوقيع على الإقرار ، فإنه لايجوز إبداء هذا القول لأول مرة أمام محكمة النقض لما تضمنه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع للتحقق من قيام ذلك الإكراه[٢] .

- إذا كان الثابت أن الطاعنة ـ الزوجة ـ قد إدعت امام محكمة أول درجة بأن الإقرارين حررتهما تحت تأثير إكراه من المطعون عليه ـ الزوج ـ واستدلت على ادعاءها بأنه هو الذى حرر مسودة أحدهما وأملاه عليها ، فرد المطعون عليه بأنه على فرض استبعاد هذا الإقرار

---

(١) وليس يجوز التزرع فى هذا الصدد بما جاء بالمادة ٥٨ من قواعد التقنين العرفى لطائفة الأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٩٥٥ من أنه لايؤخذ بإقرار المدعى عليه من الزوجين بما هو منسوب إليه مالم يكن مؤيدا بالقرائن أو شهادة الشهود لأن هذه المادة جاءت ضمن الباب الثانى الخاص بالطلاق وإجراءاته ولا صلة لها بالمادة ٣٦ الواردة فى الفصل السادس من الباب الأول والخاصة ببطلان الزواج وهو مغاير للطلاق . ولامحل أيضا فى هذا المجال لإثارة واقعة سبق فسخ الخطبة ، والعودة لإتمام الزواج لأنه جدل موضوعى تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

من اللازم لإعتبار العقد صلحا فى معنى المادة ٥٤٩ من القانون المدنى وجوب أن يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه فى سبيل الحصول على الجزء الباقى فإن لم يكن هناك نزول عن إدعاءات متقابلة واقتصر التنازل على أحد الطرفين دون الآخر فلا يعد الاتفاق صلحا . وإذ كان البين أن الاقرار المنسوب للزوجة أنه مقصور على نزول الزوجة عن كافة حقوقها إزاء ما أقرت به من فض بكارتها قبل عقد الزواج ، فإنه لا وجه للقول ببطلان الإقرار ، على سند من المادة ٥٥١ من القانون المدنى . نقض ١٩٧٥/١١/١٩ س ٢٦ ص ١٤٤٤ .

(٢) نقض ١٩٧٥/١١/١٩ س ٢٦ ص ١٤٤٤ .

فإن الإقرار الآخر يكفى سندا للدعوى ، ولما كان هذا القول من المطعون عليه لايفيد التنازل عن الإقرار المشار إليه كدليل مطروح من أدلة الدعوى ، فإن الحكم إذ استند إليه فى قضائه لم يخطئ فى تطبيق القانون ٠

- إذ كان يبين مما أورده الحكم أن المحكمة قد نفت لأسباب سائغة فى حدود سلطتها التقديرية وقوع إكراه مؤثر على إرادة الطاعنة عند تحرير الإقرارين فإن النعى على الحكم بالفساد فى الإستدلال يكون فى غير محله ٠

- إذا كان الحكم الصادر بإحالة الدعوى الى التحقيق ، لم يتضمن قضاءا قطعيا له حجيته فى أى شق من النزاع ، وإذ استند الحكم فى الموضوع الى الاقرار – الصادر من الزوجة – للتدليل على أن بكارة الطاعنة قد ازيلت نتيجة سوء سلوكها ، فلا يعتبر مخالفا حكم التحقيق المشار إليه لمجرد قوله إن الإقرارين – الصادرين من الزوجة – لايؤخذ منهما حتما أن إزالة بكارة الطاعنة كان بسبب سوء سلوكها ٠

- متى كانت عبارة الإقرار – الصادرة من الزوجة الطاعنة – تحتمل المعنى الذى حصلته المحكمة منها ، وكان هذا المعنى متسقا مع الوقائع الثابتة فى الدعوى والتى فصلتها المحكمة فى الحكم ، فلا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى ذلك[1] ٠

- سبب الدعوى – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب وهو لايتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم ، لما كان ذلك وكان سبب الدعوى حدده المطعون عليه – المدعى – بما اتضح له من أن الطاعنة كانت ثيبا عند الدخول وأنها أقرت بسبق الإعتداء

---

(١) نقض ١٩٧٤/٦/١٢ س ٢٥ ص ٣٥ ٠

عليها وإزالة بكارتها قبل الزواج وأنه طالبها بالإنفصال فــإمتنعت دون وجه حق ، فإن ذلك لا ينم عن اقراره بصحة الزواج، لما كان مــاتقدم وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قــد كيــف الواقعــة المطروحة عليه ــ دون أن يضيف إليها جديدا ــ بأنها فى حقيقتها طلب بإبطال الزواج وليست طلبا بالتطليق فإنه لايجوز الطعن عليه بأنه قــد غير سبب الدعوى من تلقاء نفسه ويكون نسبة الخطأ فى تطبيق القانون إليه على غير أساس .

- محكمة الموضوع غير ملزمة بإباحة طلب التحقيق متى رأت مــن ظروف الدعوى والأدلة التى استندت اليها مايكفى لتكوين عقيدتــها أو الرد استقلالا على كل مايثيره الخصم متى كانت أسباب الحكم مؤديــة الى ماإنتهى اليه ولها أصلها الثابت بالأوراق (١) .

- أن الغش فى بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج على أساس أنه غلط فى صفة جوهرية يعيب الإرادة ، وهو يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة أنها بكر على خلاف الحقيقة ، ثم يتبين فيما بعد أنها لم تكن بكرا ، ولم يكن الزوج يعلم بذلك من قبل ، على أن يثبت هو أن بكارتها قد أزيلت نتيجة سوء سلوكها ، ولما كان الثابت أن الطاعن قد تمسك فى دفاعــه أمــام محكمة الموضوع بأنه تزوج من المطعون عليها وأدعت أنــها بكــر ، غير انه تبين حينما دخل بها أن بكارتها قد أزيلت ، وكان يبيــن مــن الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه أنه لم يعتد بتوافــر الغش فى هذه الحالة بإدعاء الزوجة أنها بكر على خــلاف الحقيقــة ، وإنما اشترط لذلك أن تكون الزوجة أو أحد أفراد عائلتها قد أدخل فــى روع الــزوج أنها بكر وليست ثيبا ، لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون"

---

(١) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨ .

- متى كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأن المطعون عليها لم تكن بكرا لسبب لايرجع إلى فعله ، واستدل على ذلك بأنها اعترفت فى الإقرار المؤرخ ١٩٦٧/٣/٦ بأن آخر زال بكارتها ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى ردا على هذا الدفاع بأن الطاعن لم يثبت أن بكارة المطعون عليها أزيلت بسبب سوء سلوكها رغم إحالة الدعوى إلى التحقيق ، دون أن يتحدث الحكم بشئ عن الإقرار سالف الذكر ، مع ما قد يكون لهذا المستند من الدلالة فى هذا الخصوص ، فإنه يكون قد عاره قصور يبطله[1].

الفرع الثانى

الإكراه فى الزواج

يمكن أن يكون الإكراه ماديا بإستخدام وسائل أو أفعال تعدم الإرادة، فهنا لانكون بصدد عيب فى الإرادة بل إنعدام لها وبالتالى إنعدام التصرف ، والإكراه بهذه الصورة أمر يصعب تصور حدوثه فى الزواج لأنه يتم أمام الجميع وبإجراءات معينة .

ويمكن أن يكون الإكراه معنويا من خلال ضغط مادى أو أدبى يولد فى نفس الشخص الرهبة الناتجة عن خطر يهدد الشخص فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال إذا لم يرض بالزواج . ومعيار الرهبة هنا ذاتى يقدره القاضى حسب السن والتعليم والجنس أو غيره من الظروف الخاصة للمتعاقد .

تذهب الشرائع الدينية إلى أن الإكراه يعيب الإرادة ويمكن أن يؤدى إلى بطلان الزواج ، إذ يلزم توافر الرضاء السليم لإتمام العقد ويلزم توافر شروط معينة للحكم بالبطلان :

---

(١) نقض ١٩٧٢/٥/٣ س ٢٣ ص ٨١١ .

١ - أن يترتب على الإكراه نوع من الخوف الشديد ، وتعتبر درجة الخوف من المسائل النسبية التى يقدرها قاضى الموضوع حسب حالة الشخص والظروف التى يوجد بها • وأن كان المعيار فى ذلك هو تولد الرهبة التى تؤثر فى الإرادة •

إلا أن النفوذ الأدبى لايشكل إكراها ، وذلك كالنفوذ الذى يمارسه الأب على الأولاد ، فهو أمر طبيعى إذ لايعدو الأمر أن يكون من قبيل الإحترام والعرفان ، ولكن يجب ألا يتحول النفوذ الأدبى إلى درجة الإكراه كاستعمال التهديد •

٢ - أن يكون مصدر الخوف سببا خارجيا ، أما الرهبة الذاتية فلا يعتد بها كتأنيب الضمير أو الخوف من القصاص الإلهى إزاء العشيقة أو الخشية من فوات فرص الزواج •

ويستوى أن يكون مصدر الرهبة إكراه تم من المتعاقد الآخر أو من الغير ، المهم أن يكون مصدر الإكراه شخص ما لا مجرد شئ أو ظروف معينة كضعف المركز المالى •

٣ - أن تكون الرهبة بدون وجه حق ، أى أن يستعمل فى الإكراه مصدر تلك الرهبة وسائل غير مشروعة ، حتى ولو كان الغرض مشروعا ، كأن يهدد الأب الشخص بالقتل إن لم يتزوج ابنته التى غور بها أما إن هدده بإبلاغ النيابة أو البوليس فإن ذلك يعد مشروعا ولايعتبر من قبيل الإكراه •

٤ - أن يكون الهدف من التهديد إجبار المكره على التعاقد ، أى أن يكون الإكراه قد إستعمل لحمل الشخص على الزواج ، وليس لهدف آخر كالإنتقام •

والخطف يمكن أن يؤثر على صحة الزواج عن طريق ماينطوى

عليه من إكراه ، فهو قرينة على هذا الإكراه ، لـــذا يلـزم أن تتوافــر شروطه .

والخطف المؤثر على صحة الزواج يتمثل فى عملية أخــذ المــرأة جبرا عنها إلى مكان آخر ، حيث تبقى فى حوزة الخاطف بنية إبـــرام الزواج بها ، أما الخطف الذى ينطوى على إغراء ويتم برضاء الفتــاة ولو رغما عن إرادة الأهل ، فإنه لايؤثر بذاته على الزواج .

موقف الشريعة الإسلامية من التراضى وعيــوب الإرادة فــى الزواج :

لاتختلف الأحكام السابقة فى مجملها عن جوهر المبادئ الواردة فــى الشريعة الإسلامية ، حيث أجاز الإمام أبو حنيفة للمرأة البالغة العاقلة أن تنفرد بإختيارها الزوج من غير إشراك وليها ولـــها أن تنشــئ العقــد بعبارتها ، ولكن يستحسن أن تشرك معها وليها . ولابد مـــن رضاهــا بإتفاق الفقهاء .

وتتوسع الشريعة فى الإعتداد بالغلط ، فكل تغرير أو تجهيل يتعلــق بالكفاءة من شأنه أن يجعل العقد غير لازم بالنسبة للزوجة ولـــها حــق الفسخ . لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح ، وليس للرجــل هــذا الحق لأنه يملك التخلص بالطلاق . ويجب ألا يكــون بــالزوج عيــب مستحكم لاتعيش معه الزوجة إلا بضرر .

وللزوجة أن تطلب التفريق من القاضى ، إن ظهر عيب كان خفيا ، أو وجد عيب مستحكم لاتعيش معه الزوجة إلا بضرر . ويرى إمامنـــا الشيخ أبو زهرة أن ذلك تفريق للضرر من العيب ، ولايكون مستندا إلى وقت العقد ، بل يكون ثابتا من وقت الحكم .

المبحث الرابع
شكل الزواج وإثباته

يلزم لانعقاد الزواج فى الشرائع الدينية ، بالإضافة إلى التراضى والشروط الموضوعية الأخرى ، مراعاة شروط وإجراءات شكلية معينة، ذات طبيعة دينية • ويؤدى عدم القيام بهذه المراسم إلى إبطال الزواج(١) •

فالزواج ـ بالنسبة لهم ـ سر مقدس يكمن فى الطقوس التى يقوم بها الكاهن من خلال الكنيسة ، وهو يقوم بدوره فى رقابة توافر شروطه وإنزال البركة عليه ، وتوثيقه بسجلات الكنيسة •

ونعرض فى البداية للمظاهر الشكلية فى الزواج قبل أن نتعرض لأثرها على قواعد إثباته •

---

(١) متى كان النزاع فى الدعوى يدور حول صحة زواج تم بين زوج مصرى وزوجة يونانية ينتمى كلاهما إلى طائفة الروم الأرثونكس ، فإن شريعة هذه الطائفة هى الواجبة التطبيق على هذا النزاع عملا بأحكام المواد ١١ ، ١٤ ، ٢٦ من القانون المدنى والمادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ •

مفاد نص المادة الأولى من لائحة الزواج والطلاق والبائنة الخاصة بطائفة الروم الأرثونكس الصادرة فى ١٥ من مارس سنة ١٩٣٧ والمعدلة فى فبراير سنة ١٩٥٠ أنه لايكفى لانعقاد الزواج فى شريعة الروم الأرثونكس أن تتوافر الشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وإنتفاء الموانع ، وإنما يلزم إلى جانب ذلك أن يتم الزواج علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وإلا كان الزواج باطلا • مثلها فى ذلك مثل سائر الشرائع المسيحية فى مصر • نقض ١٩٧٢/١١/١٥ س ٢٣ ص ١٢٤٢ •

المطلب الأول
المظاهر الشكلية فى الزواج

(أ) شهر الزواج :

يقصد بشهر الزواج الإعلان عنه قبل ابرامه ، حتى يتمكن ذوى الشأن بالتقدم والإعتراض على هذا الزواج إذا ماكان هناك مانع يحول دون انعقاده ٠

والإعلان عن الزواج يتم فى حقيقة الأمر بمناسبة الخطبة ٠ ويتمثل فى إجراءات معينة يقصد بها حمل النبأ الى علم أكبر عدد من الناس(١) ٠

إلا أن إجراءات العلانية يمكن الإعفاء منها من قبل الرئيس الدينى إذا بررت ذلك أسباب خطيرة ٠ وشهر الزواج ليس شرطا لصحته ، ومن ثم فإن تخلفه لايؤدى إلى البطلان ٠

(ب) الإذن بالزواج :

نظرا لإعتبار الزواج سرا مقدسا فى شريعة الأقباط الأرثوذكس فإن تلك الشريعة تلزم رجل الدين بأن يحصل على إذن من الرئيس الدينى قبل إتمامه لعقد الزواج ، إلا أن هذا الإجراء لايستشف منه أنه يترتب على تخلفه بطلان عقد الزواج ٠

(ج) ضرورة تدخل الكاهن المختص :

تجمع الشرائع المسيحية على أن الزواج لايتم بدون رجل الدين ، فيجب أن يحضر مراسم الزواج بنفسه ٠

---

(١) وشهر الزواج أمر تتطلبه شرائع الأرثوذكس والكاثوليك ، أما البروتستانت فلا توجد اشاره إليه ٠

إلا أن شريعة الكاثوليك وحدها تضع استثناءا فى هذا الشـــأن ۰ إذا حالت مشقة جسيمة دون الحصول على الخورى أو الرئيس الكنســـى أو على كاهن يأذن له أحدهما بحضور الزواج أو حالت المشقة دون البلوغ الى أحدهم : ١ - ففى حالة خطر الموت يصح ويجوز الزواج المعقـود أمام الشهود فقط ۰ ويجوز ذلك أيضا خارج خطر الموت شرط أن يقدر إستمرار هذا الحال مدة شهر ، ٢ - إذا توفر فى كلتا الحالتين وجود أى كاهن كاثوليكى بإمكانه أن يشهد العقد ، وجب أن يدعـــى وأن يحضـــر الزواج مع الشهود ولو صح الزواج بحضور الشهود فقط ۰

وتعرف هذه الشريعة كذلك نظرية الكاهن الصورى فإذا عقد الزواج شخص ليس بكاهن حقيقى ، أو كاهن غير مختص ، وكـــان الطرفـــان حسنى النية أى يعتقدان صحة صفته ، فإن الزواج يكون صحيحا ۰

ولكن يلزم كقاعدة عامة أن يعقد الزواج على يـــد كـــاهن مختـــص مكانيا ونوعيا ، أى يكون منتميا إلى نفس طائفة وملـــة الزوجيـــن ۰ إذ ينبغى أن يتم الزواج طبقا لمراسيم كنيسة الطرفين ۰

أما عن شريعتى الأرثوذكس والبروتستانت فلم تشـــترطا ســـوى أن يكون الزواج على يد كاهن ۰ ولـــم يوجـــد نـــص صريـــح يتطلـــب الإختصاص ۰ وكقاعدة عامة فإن الزواج لاينعقد إلا فى الكنيسة ، فقـــد جرى العمل على ذلك ، وهذا مانصت عليه صراحة الشريعة الكاثوليكية " يجب أن يبرم عقد الزواج فى كنيسة الخورية ولايجوز إبرامـــه فـــى غيرها من الكنائس أو المعابد إلا بإذن الرئيس المحلى أو الخورى" ۰

وفى غير الحالات الاستثنائية التى أجازت فيها الشريعة الكاثوليكيـــة عقد الزواج دون كاهن ، فإن تخلف هذا الأخير يؤدى بالضرورة إلـــى بطلان الزواج ۰ أما فيما يتعلق بقواعـــد الإختصـــاص (الكـــاهن أو الكنيسة) فإنه يصعب القول بتعلقهما بالنظام العام وإن مخالفتها ترتـــب

البطلان . لذلك فإنه من غير المتصور الطعن فى الزواج بالبطلان فى حالة عدم مراعاة تلك القواعد[1] .

(د) صلاة الإكليل :

لايكون الزواج إلا بحضرة كاهن وصلاته عليهما وتقريبه لهما القربان المقدس فى وقت الإكليل الذى به يتحدان ويصيران جسدا واحدا. وعلى خلاف ذلك لايعد لهما تزويجا فإن الصلاة هى التى تحلل النساء للرجال والرجال للنساء طبقا للطقوس الكنسية .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من الأوراق أن عقد زواج المطعون ضده بزوجته المتوفاة قد تم بكنيسة الروم الأرثوذكس على يد كاهن تلك الكنيسة واعتد الحكم المطعون فيه بهذا الزواج فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

ذلك أن ـ من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ أن مفاد المادتين (٦، ٧) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن إلغاء المحاكم الشرعية والملية والمادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية أن أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها الشريعة العامة هى الواجبة التطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا إختلفا طائفة وملة ، وأن المقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم ـ دون أحكام الشريعة الخاصة ـ هى الواجبة التطبيق ـ إلا أنه لامحل لإعمال هذه القواعد الموضوعية فى الشريعة العامة فيما يتعلق بطبيعة زواج المسيحى التى تختلف عن زواج المسلم ، إذا تصادمت مع إحدى المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة الدينية والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقا عن ديانته وإنحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته ـ طالما لا تنطوى مبادئ الشريعة الخاصة على مايتجافى وقواعد النظام العام ، ومن قبيل المبادئ التى لاتتعارض وقواعد النظام العام فى مصر وتعتبر من الأصول الأساسية فى الديانة المسيحية خاصة الأرثوذكس إعتبار الزواج من المقدسات وأنه سر من أسرار الكنيسة ، ومفاد نص المادة ١٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ والمادة الأولى من لائحة الزواج والطلاق الخاصة بالروم الأرثوذكس الصادرة فى ١٩٣٧/٣/١٥ والمعدلة فى فبراير سنة ١٩٤٠ ـ وهما الطائفتان اللتان ينتمى إليهما كل من المورثة وزوجها المطعون ضده ـ أن الزواج لدى الطائفتين المذكورتين نظام دينى يجب أن يتم علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الإكليل بإعتبار أن الصلاة هى التى تحل كلا من الزوجين للآخر وإلا كان الزواج باطلا كشأن سائر الشرائع المسيحية فى مصر ، وتوثيقه على يد الموثق المختص طبقا للقانون رقم ٦٢٩ للسنة ١٩٥٥ ليس شرطا لازما لصحة العقد وإنما من قبيل إعداد الدليل لإثباته ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن عقد زواج المطعون ضده بزوجته المتوفاة قد تم بكنيسة الروم الأرثوذكس على يد كاهن تلك الكنيسة ، وإذ إعتد الحكم المطعون فيه بهذا الزواج، فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير اساس .
نقض ١٩٩٦/١/٨ طعن ٨٩ س ٦٢ ق .

وتقرر شريعة الأقباط الأرثوذكس أن الزواج ــ سر مقــــدس يتــم بصلاة الإكليل علـــى يـد كــاهن طبقــا لطقـــوس الكنيســـة القبطيـــة الأرثوذكسية. وتعتبر صلاة الإكليل الركن الأساسي فى الشكل الدينـــي للزواج[1] ، والإكليل عبارة عن وضع تاج على رأس العروسين وقـــت إتخاذ مراسم الزواج . وتنطوى الطقوس الدينية علــى رســم علامـــة الصليب ، والتبريك والصلاة والريبة .

وبركة الإكليل لاتمنح إلا مرة واحدة ولذا فإذا كان أحــد الزوجيــن أرمل . كانت صلاة الكاهن له صلاة استغفار لا صلاة اكليل .

(هــ) الشكل الدينى وإختلاف الديانة أو الملة أو الطائفة :

إذا اختلف أطراف الزواج فى الديانة أو الطائفة أو الملة ، فإنه مــن الممكن بالنسبة لهما أن يعقدا الزواج بالطريقـــة الدينيـــة أمـــام كنيســـة أحدهما.، وإن كانت بعض الكنائس ترفض عقد الـــزواج بيــن غــير التابعين لها ككنيسة الأقباط الأرثوذكس .

إلا أنه من الناحية العملية يصعب تصور رفـــض الكنيســـة عقـــد الزواج، نظرا لأن الشريعة الإسلامية هى التى ستطبق فى هذه الحالـــة (لتخلف شرط اتحاد الملة والطائفـــة) ، ولايلـــزم أى شـــكل دينـــى ، ويستطيع الطرفان توثيق الزواج بأحد مكاتب التوثيق . ويكون الــزواج صحيحا فى نظر القانون .

---

(١) النص فى المادة ١٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشـــخصية للأقبـــاط الأرثوذكـــس الصادرة فى سنة ١٩٣٨ على أن " الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وإمـــرأة إرتباطا علنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصـــد تكويـــن أســـرة جديـــدة والتعاون على شئون الحياة " يدل على أن الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكـــس نظـــام دينى لايكفى لإنعقاده توافر الشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وإنتفاء الموانـــع ، وإنما يلزم أن يتم الزواج علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وبعـــد صـــلاة الإكليـــل إعتبارا بأن الصلاة هى التى تحل النساء للرجال والرجال للنســـاء ، وإلا كـــان الـــزواج باطلا. نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦١٢ .

(و) علانيـــة الزواج :

لايكفى الإعلان عن مشروع الزواج ـ كما سبق أن رأينا بمناسـبة الخطبة ـ بل يلزم أن يبرم العقد ذاته فى جو كاف من العلانيـــة ، إذ يغلب أن يتم أمام جمهور من الناس • وتشترط مجموعـة الأقبـاط أن يتلى عقد الزواج على جمهور الحاضرين بمعرفة الكـاهن الـذى قـام بتحريره •

هذا وتتطلب الشرائع ضرورة حضور عدد من الشهود • وينبغى ألا يقل عددهم عن اثنين • وحضور الشهود من أركـان صحـة الـزواج وحتى فى الحالات التى يجوز فيها ابرام الـــزواج سـرا فــى بعــض الشرائع، لابد من حضور شاهدين على الأقل •

ويقوم الكاهن ، عقب القيام بالتحريات اللازمة للتأكد من عدم وجود مانع وتوافر الشروط اللازمة ، بالإجراءات اللازمة لإبرام الزواج طبقا للمراسيم الدينية المرسومة فى الكتب الطقسية • يتـــم تحريـــر العقــد بحضور الطرفين شخصيا وبحضــــور الأوليـــاء ، إذا لــزم الأمـــر ، والشهود • ويتأكد الكاهن من حصول رضاء بين الزوجين وولى القاصر منهما • وبعد تحرير العقد وتلاوته على الحـــاضرين يقـوم الكــاهن بالتوقيع عليه ، وكذلك الزوجان والشهود ، وتسلم صورة من العقد الـــى كل من الطرفين •

رغم تطلب العلانية ، إلا أن شريعة الكاثوليك تبيح عقد الزواج سرا على سبيل الإستثناء ، إلا أنه يجوز للرئيس الكنسى أن يتحلل من واجب كتمان السر فى حالات معينة : -

١ - إذا دهم قداسة الزواج عثار أو إهانة جسيمة من جراء حفظ السر •

٢ - إذا لم يعن الوالدان بتعميد البنين المولودين من هذا الزواج ، أو إذا

عنيا بتعميدهم مستعيرين لهم أسماء كاذبة دون اشعار الرئيس الكنسى في غضون ثلاثين يوما بولادة البنين وتعميدهم مع ذكر أسماء الوالدين الصحيحة ٠

٣ - إذا أهمل الوالدان تربية البنين تربية مسيحية ٠

ويجب تدوين هذا الزواج فى سجل سرى خاص غير السجل الذى تدون فيه عقود الزواج الأخرى ٠

(ز) حكم الزواج المعقود بالخارج :

توجب شريعة الأقباط الأرثوذكس على " كل قبطى أرثوذكسى تزوج خارج القطر المصرى طبقا لقوانين البلد الذى تم فيه الزواج ٠٠ فى خلال ستة اشهر من تاريخ عودته أن يتقدم إلى الرئيس الدينى المختص لإتمام الإجراءات الأزمة طبقا لقوانين وطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية " ٠

وتنص شريعة الأرمن الأرثوذكس على أنه " يجب تسجيل عقد الزواج الذى تم خارج القطر بالبطريركية الكائن بدائرتها محل الزوجية وذلك فى خلال ستة اشهر من عودة الزوجين أو أحدهما إلى هذا المحل"٠

يتضح من هذين النصين أنه يلزم ــ عقب العودة ــ إتمام اجراءات معينة أمام الكنيسة القبطية أو تسجيله أمام المارونية ٠ إلا أن النصوص لاتتحدث عن حكم هذا الزواج ٠ فهى لاتقرر بطلانه بل صحته ، ولكن التساؤل يثور عن مصير الزواج إذا لم يتقدم الأطراف إلى الجهة الدينية عقب العودة ٠

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغى التفرقة بين ثلاثة فروض :

١ – أن يتم الزواج أمام القنصل المصرى بالدولة التـــى يوجـد فيـها الزوجان • يكون الزواج صحيحا نظرا لإختصاص القنصـل بتحريـر عقود الزواج بين المواطنين فـــى الخــارج • إلا أن تعليمــات وزارة الخارجية توجب على القناصل قبل تحرير العقد بالنسبة لغير المسـلمين وبصفة خاصة إذا كانا متحدين فى الديانة والملة ، أخــذ رأى جهتــهما الدينية فى مصر وغالبا ما تأذن الكنيسة بالزواج بعد التثبت مــن عـدم وجود مانع وبعد استيفاء الشكل الدينى ولو أمام كنيسة محلية •

٢ – ولاتثور المشكلة أيضا عندما يعقد الزواج طبقا للشكل القــائم فــى الدولة التى يوجد بها الزوجان ، ويكون هذا الشكل دينيا • فلا شــك أن الزواج صحيح حتى لو تم أمام كنيسة أخرى غير تلك التى ينتمى إليـها الزوجان • ويلزم عند العودة التقدم للكنيسة لإتمام بعض الإجـراءات أو للتسجيل • ولكن مخالفة هذا الحكم لاتؤثر فى صحة الزواج الذى عقــد صحيحا ويعتبر قد تم منذ يوم إبرامه •

٣ – يثور التساؤل فى الفرض الذى يكون فيه قانون الدولـــة الأجنبيــة لايشترط الشكل الدينى لإبرام الزواج ، ويكتفى بالشكل المدنى •

تقضى قاعدة الإسناد الشهيرة بالقانون الدولى الخــاص بـأن عقـد الزواج يخضع من حيث الشكل لقانون الدولة التى تم ابرامه فيها[١] • إلا أن القانون المصرى ــ قانون جنسية الزوجين ــ يتطلب الشكل الدينــى فى الزواج بالنسبة لغير المسلمين المتحدين فى الملة والطائفة •

يرى البعض ضرورة مراعاة الشكل الدينى وان الزواج المدنى يعـد باطلا فى هذا الفرض •

---

(١) وتؤكد محكمة النقض أن عقد الزواج يجوز ابرامه فى الشكل الذى يقتضيــه قــانون الزوجة الشخصى أو قانون البلد الذى عقد فيه • ويخضع إثباته للقــانون الــذى يحكـم شكله• نقض ١٩٩١/١٢/١٧ طعن ٧٥ س ٥٨ ق •

وإن كنا لانوافق هذا الرأى لأن النصوص السابقة لاتنص على مثل هذا البطلان ، فلا يمكن القول ببطلان الزواج على الأقل بالنسبة لفترة ما قبل عودة الزوجين وإتمام الإجراءات أو التسجيل بالكنيسة ٠

بل أن النصوص التى تلزم الزوجين بالتقدم إلى الكنيسة المحلية عقب العودة من الخارج لاتضع سوى إلتزام دينى على عاتق الزوجين ، ويقصد منه مباركة الزواج وتدوينه بدفاتر الكنيسة ، ولاتؤدى مخالفة هذا الإلتزام الى أى مساس بصحة الزواج المعقود بالخارج طبقا للشكل المحلى فى مكان اتمامه مادامت قواعد قانون محل اتمام الزواج قد طبقت تطبيقا صحيحا ٠ وعلى هذا إذا ابرم مصريان زواجا طبقا للشكل المقرر فى قانون الدولة التى تم فيها العقد ، فإنه يعتبر صحيحا أمام القاضى المصرى حتى لو لم يراعى فيه الشكل الدينى ٠

وذلك لأن الشكل الدينى يعتبر من الشروط الشكلية للزواج التى تخضع لقانون محل العقد ، أما الشروط الموضوعية فتخضع لقانون جنسية المتزوجين ٠ ويتثنى من ذلك حالة مخالفة قواعد القانون الأجنبى للنظام العام الوطنى ٠ ويصعب القول بأن قواعد القانون الأجنبى التى تقضى بإنعقاد الزواج مدنيا دون مراعاة الشكل الدينى تخالف النظام العام ، لأن النظام العام فى مصر فى مسائل الأحوال الشخصية يستمد مضمونه من أحكام الشريعة الإسلامية التى لاتعرف الزواج الدينى أو الشكلية فيه بصفة عامة٠

خاتمة : الزواج المسيحى والشكل الدينى :

لايكفى لإنعقاد الزواج المسيحى أن تتوافر الشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضاء وإنتفاء المانع ، وإنما يلزم إلى جانب ذلك أن يتم

الزواج علناً وفقاً للطقوس الدينية المرسومة وإلا كان الزواج باطلاً[1].

ويتمثل الشكل الدينى فى قيام الكاهن بإبرام الزواج وصلاته على الزوجين فى وقت الإكليل • وتعتبر صلاة الإكليل الركن الأساسى فى الشكل الدينى للزواج • ويلزم كذلك أن يبرم العقد ذاته فى جو كاف من العلانية ولابد من حضور عدد من الشهود لا يقل عددهم عن اثنين • وحضور الشهود يعد من أركان صحة الزواج •

وهناك إجراءات أخرى لايترتب على تخلفها بطلان الزواج مثل شهر الزواج أى الإعلان عنه قبل ابرامه حتى يتمكن ذوى الشأن من التقدم والإعتراض فى حالة وجود مانع من انعقاده ، والحصول على إذن الرئيس الدينى المختص ، وضرورة أن يكون الكاهن مختصاً ، وعقد الزواج بالكنيسة الخاصة بالطرفين •

ويجدر الإشارة إلى أن الشريعة الكاثوليكية تبيح ــ استثناءاً وفى حالة الضرورة ــ عقد الزواج دون تدخل الكاهن ، وسراً بشرط حضور شاهدين على الأقل •

والشريعة الإسلامية لاتشترط شيئاً من ذلك ، حيث يكفى وجود الإيجاب والقبول الصحيحين والإشهاد (شاهدى عدل) ، دون النظر

---

(١) الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ــ نظام دينى ــ شروط انعقاده ــ توافر الشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وانتفاء الموانع ــ وأن يتم الزواج علناً وفقاً لطقوس دينية •

النص فى المادة ١٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٩٣٨ على أن " الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطاً علنياً طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصد تكوين أسرة جديدة للتعارف على شئون الحياة " يدل على أن الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس نظام دينى لايكفى لإنعقاده توافر الشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وإنتفاء الموانع دائماً وإنما يلزم أن يتم الزواج علناً وفقاً للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الإكليل إعتباراً بأن الصلاة هى التى تحل النساء للرجال والرجال للنساء وإلا كان الزواج باطلاً • نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦١٢ • طعن ٨٩ س ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/١/١٨.

إلى وجود رجل دين أو طقوس دينية معينة أو مكان مخصص • وإشتراط التوثيق هو شرط قضائى لايؤثر فى صحة الزواج بل لاتسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية •

فالتراضى والشهود والتوثيق أمور مشتركة بين الشريعتين المسيحية والإسلامية ، ويكمن الفارق فى إشتراط الأولى تدخل الكاهن لإتمام الزواج إلا أنه من الناحية العملية الآن يقوم المأذون بتوثيق زواج المسلمين ، ويقوم الكاهن ، بوصفه موثق منتدب مختار من بين رجال الدين الذين يقومون بإبرام عقود الزواج ، بتوثيق الزواج فى الدفاتر المعدة لذلك والتى تسلمها له الدولة وهى نفس الدفاتر الموجودة مع المأذون ، فالكاهن يقوم بمهمتين : الأولى إبرام الزواج واستيفاء أركانه وشروطه وقيده بسجلات الكنيسة • والثانية توثيقه كالمأذون تماما •

وعلى هذا فالنتيجة واحدة ويمكن توحيد الأحكام صراحة وإعتبار إبرام الزواج مسألة مدنية " كما يحدث فى الدول الأوربية " ، وعلى من يرغب فى إتمام طقوس دينية معينة طبقا لعقيدته (زواج دينى) فله ذلك ، إلا أن هذا لا يغنى عن إبرام الزواج المدنى •

المطلب الثانى

إثبات الزواج

(أ) الكتابة الدينية :

تلزم الشرائع الطائفية كقاعدة عامة صياغة عقود الزواج فى محررات مكتوبة ، وتدوينه فى السجلات الخاصة بالكنيسة ، ويقوم بذلك رجل الدين عقب إتمامه لإجراءات الزواج وطقوسه الدينية •

ويتضمن المحرر كافة البيانات المتعلقة بالزوجين وبعقد الزواج ،

هذا بالإضافة إلى توقيع الأطراف بما فيهم رجل الدين ، ويعطى كل من الطرفين صورة من العقد ٠

وتعبر محكمة النقض عن قيمة هذه الكتابة بقولها " أن ماتوجبه الشرائع المسيحية فى مصر من تحرير الكاهن عقود الزواج بعد القيام بالمراسيم الدينية وقيدها فى سجلات خاصة ، هى إجراءات لاحقة على إنعقاد العقد وليست من شروطه الموضوعية أو الشكلية اللازمة لإنعقاده بل هى من قبيل إعداد الدليل لإثبات الزواج فلا يترتب على اغفالها بطلانه(١) ٠

(ب) التوثيق المدنى للزواج :

تنص المادة الأولى من قانون التوثيق ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ على أن " تتولى مكاتب التوثيق توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة ٠ ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل" ٠يتضح من هذا النص أنه :

١ - يكون توثيق عقود الزواج بالنسبة للمسلمين على يد المأذون ٠

٢ - يقوم مكتب التوثيق بتوثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة للمصريين غير المسلمين عند إختلاف الملة أو الطائفة(٢) ٠ كما أن هذا

---

(١) نقض ١٩٧٢/١١/١٥ س ٢٣ ص ١٢٤٢ ٠

(٢) توثيق الزواج بغير المسلمات ــ عدم اختصاص المأذونين الشرعيين به ــ توثيق المأذون لهذا العقد لايؤدى إلى البطلان المطلق جواز إبطاله بإثبات عدم إسلام الزوجة بكافة الطرق ٠

وإن كان توثيق الزواج لغير المسلمات يخرج عن اختصاص المأذونين الشرعيين طبقا للمادتين ١٨ ، ١٩من لائحة المأذونين ، إلا أن عقد التصادق على الزواج =

المكتب هو الذى يقوم بتوثيق عقود الزواج ولو اتحد الأفراد فى الطائفة والملة وكان أحدهما أجنبيا .

٣ - يتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة الى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ، موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل .

وتبين المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه " رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الملة بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين ، فجعل الإختصاص فى توثيق عقود الزواج لموثقين منتدبين يكون لهم إلمام بالأحكام الدينية للجهة التى يتولون التوثيق فيها ، على ألا يمس ذلك التوثيق الإجراءات الدينية .

ولم يغير القانون المذكور الأمر كثيرا من الناحية العملية بالنسبة لغير المسلمين المتحدى الطائفة والملة . لأن الموثقين المنتدبين يختارون من بين رجال الدين الذين يقومون بإبرام عقود الزواج . إذ تنص المادة ٤١ من قرار وزارة العدل (الخاص بتنظيم الإنتداب) على أن تعد الرئاسة الدينية لكل طائفة كشفا بأسماء رجال الدين أو غيرهم الذين ترشحهم فى وظيفة موثق منتدب مع بيان الجهة التى ترشحهم لها ويصبح هؤلاء بعد إعتمادهم من الوزارة موثقين منتدبين يقومون بتوثيق الزواج فى الدفاتر المعدة لذلك والتى تسلمها لهم الدولة .

٤ - بالنسبة للزواج المبرم قبل سنة ١٨٩٧ ، يمكن إثباته بشهادة الشهود - فى حالة إنكار أحد الزوجين - بشرط أن تكون الزوجية معروفة

= - الذى قام به المأذون بين زوج مسلم وزوجة كتابية - لم يقع باطلا بطلانا جوهريا إذ إتفق المتعاقدان فيه على الزواج ، وإن كان من الجائز أن يطرأ عليه البطلان حين يتضح أن الزوجة لم تكن مسلمة وأنه لم تتبع الإجراءات الخاصة بالشكل الذى أوجب القانون اتباعها ، ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات إعتبار بأن ديانة الزوجة وإعتبارها مسلمة ضمنا تبعا لتوثيق عقد الزواج بمعرفة المأذون لايمكن إعتبارها من البيانات التى قام بها محرره فى حدود مهمته . نقض ١٩٧٧/٤/٢٧ س ٢٨ ص ١٠٨٤ .

بالشهرة العامة ٠

أما عن الزواج المبرم من ١٨٩٧ إلى ١٩١١ ــ فى حالة إنكار أحد الزوجين ووفاة الزوج الآخر ــ فلا تسمع دعوى الزوجية إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها[١] ٠

وبالنسبة للزواج الذى تم إبرامه من ١٩١١ الى يوليو ١٩٣١ ــ فى حالة إنكار أحد الزوجين ووفاة الزوج الآخر ــ فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ٠

أما عن الزواج المبرم منذ أول أغسطس ١٩٣١ فلا بد من وثيقة زواج رسمية[٢] لسماع الدعوى فى حالة إنكار الزوج

(ج) مدى حجية التوثيق :

١ – لايعتبر التوثيق شرطا لصحة الزواج بل مجرد دليل لإثباته ، وهذا ماعبرت عنه بوضوح محكمة النقض بقولها " انتزع المشرع عملية توثيق الزواج عند الطوائف المسيحية من رجال الدين الذين يقومون بطقوسه وأعطاها لمكاتب التوثيق بالنسبة للمصريين غير

---

(١) النص فى اللائحة الشرعية الصادرة فى سنة ١٨٨٠ على ضرورة توثيق عقود الزواج لم يضع قيودا على سماع دعوى الزوجية أو إثباتها ٠

اللائحة الشرعية الصادرة فى ١٨٨٠/٦/١٧ ــ بفرض أنه كان معمولا بها عند عقد الزواج محل النزاع ــ تضمنت نصوصا تشير إلى ضرورة توثيق عقود الزواج إلا أن نطاقها مقصور على كيفية التوثيق وما ينبغى على المأذونين مراعاته عند مباشرتها دون أن تضع قيودا على سماع دعوى الزوجية تاركة أمر إثباتها لأحكام المذهب الحنفى ٠ نقض ١٩٧٦/٣/١٠ س ٢٧ ص ٦٠٢ ٠

(٢) وتؤكد محكمة النقض بأن الزوجية التى وقعت بعد أول أغسطس ١٩٣١ شرط سماع دعواها أن تقدم الزوجة وثيقة رسمية تثبت زواجها أو أن يقر بها الزوج فى مجلس قضاء، ويترتب على تخلف ذلك عدم سماع الدعوى ٠ نقض ١٩٩٢/٦/٢٣ طعن ١٨٩ س ٥٩ ٠

المسلمين عند اختلاف الملة والطائفة ، وخولها لموثق منتدب له إلمـــام بالأحكام الدينية للجهة التى يتولى التوثيق بها بالنسبة للمصريين غـــير المسلمين متحدة الطائفة والملة ، دون أن يجعل من الموثق شرطاً لازماً لصحة العقد واقتصر على جعله من قبيل اعداد الدليل لإثبات الـزواج ، بمعنى أن عدم توثيق عقد الزواج أصلاً أو عدم مراعـــاة الإجـراءات الصحيحة فيه أو التراخى فى توثيقه لايؤثر فى صحة الزواج إعتبـــاراً بأن التوثيق إجراء لاحق على إنعقاد العقد وليس من أركانه الشكليـــة أو الموضوعية[1] .

وعلى هذا فالتوثيق يعد إجراءاً لاحقاً على إنعقاد الزواج ، ومن ثـــم يلزم أن يكون العقد قد انعقد صحيحاً مستوفياً شـــروطه الموضوعيـــة والشكلية بما فى ذلك الشكل الدينى . وتوثيق الزواج يضاف الــى مـــا تقوم به الكنيسة من إجراءات تتعلق بتحرير العقد وتسـجيله بسـجلات الكنيسة ، إلا أن الأمر لايعدو أن يكون دليل إثبات لايؤثر على صحـــة الزواج[2] .

٢ - تنحصر قيمة التوثيق فى كونه دليل إثبات قيـــام عقـــد الـزواج ، ولايمكن الإحتجاج بما ورد فيه من بيانات لأنها إما منقولة عـــن العقـــد الأصلى وإما واردة على لسان الطرفين .

وهذا ماتقـــرره محكمـــة النقـــض " التوثيق لايعد إنشاء زواج جديد .

---

(١) نقض ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦١٢ . طعن ٨٩س ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١/٨.

(٢) مؤدى نص المادة الثالثة من قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بعد تعديلها بالقـــانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ، ونص المادة الثالثة من القانون الأخير أن المشرع انتزع عمليـــة توثيق الزواج عند الطوائف المسيحية من رجال الدين الذين يقومون بطقوسه وأعطاها إمـــا لمكاتب التوثيق أو لموثق منتدب له إلمام بالأحكام الدينية للجهة التى يتولى التوثيق بـــها ، دون أن يجعل من التوثيق شرطاً لازماً لصحة العقد ، وإنما ينعقد العقد صحيحاً وتـــترتب عليه آثاره بإتمام المراسم الدينية ، يؤيد هذا النظر ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقـــانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ . نقض ١٩٧٣/١١/١٥ س ١٣ ص ١٢٤٢ .

ولايعتد ببياناته سواء المنقولة عن العقد الأصلى أو المثبتة على لسان الزوجين للحاجة فى تحديد الطائفة أو الملة التى ينتميان اليها ، لأنه لايعدو أن يكون وسيلة إثبات أصلية للزواج ، لأن إقرار أحد الزوجين فى وثيقة التصادق بإنتمائه إلى طائفة معينة لايفيد ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ عدم تغييره لتلك الطائفة ولاينهض وحده دليلاً على رجوعه إليها إذا كان قد سبق له الخروج منها ، إذ قد يكون المراد منه تيسير توثيق العقد دون مساس بالملة أو المذهب أو الطائفة التى ينتمى إليها فى حقيقة الواقع[1] " .

(د) أثر تخلف التوثيق

ولكن ما الحكم إذا لم يتم توثيق الزواج ؟

رأينا فيما سبق أن الذى يحدث عملاً هو قيام رجل الدين بمهمتين : **الأولى** : إبرام عقد الزواج مستوفياً الشروط الموضوعية والشكلية بما فى ذلك الشكل الدينى وتحرير الزواج وقيده بسجلات الكنيسة ، **الثانية** : توثيق الزواج ، بإعتباره موثقاً منتدباً يقوم بعمل مدنى ، فى الدفاتر المعدة لتدوين الزواج والتى يتسلمها من المحكمة المختصة .

ومن ثم فإنه يصعب عملاً قيام زواج غير موثق بين غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة . إلا أنه قد ثار التساؤل حول حكمه إذا ما وجد مثل هذا الزواج .

---

(١)إن إخفاء حقيقة سن أحد الزوجين فى حالة تجاوز الحد الأدنى الذى لايصح الزواج قبل بلوغه عملاً بالمادة ١٦ من المجموعة سالفة الذكر ، لايترتب عليه بطلان الزواج ، لايغير من ذلك ماتنص عليه المادة ٣٣ منها من أنه " يثبت الزواج فى عقد يحرره الكاهن بعد حصوله على الترخيص المنصوص عليه فى المادة السابقة ، ويشمل عقد الزواج على البيانات الأتية : إسم كل من الزوجين ولقبه وصناعته ومحل إقامته وتاريخ ميلاده من واقع شهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها .." لأن هذه المادة ـ طبقاً لصريح نصها ـ إنما يقصد بها مجرد إعداد الدليل لإثبات حصول الزواج ، وليس من شأن التحريف فى بعض هذه البيانات إبطال عقد الزواج الذى تواجهه المادة ٣٧ على ما سلف بيانه . نقض ١٩٧٦/٤/٢٨ س ٢٧ ص ١٠٢٨ .

قرر المشرع بأنه لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١، ما لم يكن الزواج ثابتاً بورقة رسمية.[١]

يجعل هذا النص من الوثيقة الرسمية (الناتجة عن توثيق الزواج) الوسيلة الوحيدة التى تقبل لإثبات الزواج إذا لم يقر به الزوج المدعى عليه ، فإذا أنكر هذا الأخير الزواج غير الموثق فإنه يستحيل إثباته بأية طريقة بل أن الدعوى لا تقبل أمام المحكمة ٠

ولاشك فى إنطباق هذا الحكم على المسلمين وعلى غير المسلمين إذا كانوا مختلفين فى الملة أو الطائفة ، ولكن هل ينطبق إذا كان هناك إتحاد فى الملة والطائفة ؟

يجيب البعض بالنفى لأن الحكم السابق يقرر قاعدة موضوعية فلا ينصرف إلى غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة ، فإذا لم يوثق الزواج بين هؤلاء فإنه يمكن إثباته بالطرق التى تنص عليها شرائعهم الخاصة ، وإلا بتطبيق المبادئ العامة فى الإثبات ٠

ونرى مع البعض أن الحكم السابق يعتبر من المسائل الإجرائية ويجب تطبيقه على كافة دعاوى الزواج بغض النظر عن ديانة أطرافها، ومن ثم لاتسمع دعوى الزوجية غير الموثقة ما لم يقر المدعى عليه بقيام عقد الزواج ، ولا تقبل أية وسيلة آخرى للإثبات لأنه من الثابت فقهاً وقضاءاً أن الدفع بعدم سماع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية يعتبر من قبيل الدفع بعدم القبول ومن ثم من صميم المسائل الإجرائية ٠

وتقرر محكمة النقض أن منع سماع الدعوى ليس مبنياً على بطلان الحق ، وإنما هو نهى للقضاء عن سماعها قصد به قطع التزوير

---

(١) م١٧/٣ من القانون ١/٢٠٠٠ التى حلت محل المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

والحيل، وهو على هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه ، وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها .

ولايعقل أن يقرر المشرع جزاءاً (هو عدم سماع الدعوى) في حالة عدم توثيق الزواج بالنسبة للمسلمين ، ويغفل هذا الجزاء بالنسبة لغيرهم ، مع أن المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق تفصح عن رغبة المشرع في توحيد الأحكام في هذا المضمار " رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الملة بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين " .

فتوحيد المشرع لنظام توثيق الزواج يتفق مع الإتجاه العام في توحيد مسائل الأحوال الشخصية ، ويزداد هذا الإتجاه تأكيداً إذا ما تعلق بمسائل إجرائية لاتمس العقيدة الدينية ، ولاتتأثر بإختلاف الأديان .

وقد أعرب المشرع بوضوح عن ذلك بالنص على هذا الحكم ضمن قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد رقم ١/٢٠٠٠ الواجب التطبيق على كافة المصريين المسلمين وغير المسلمين على السواء.

(هـ) الحكم الخاص بالزواج العرفي

استثنى المشرع من الحكم السابق دعاوى الفسخ والتطليق دون غيرها، حيث تقبل هذه الدعاوى في حالة ثبوت الزواج بأيه كتابة، ولو لم تكن رسمية، ولو أنكر المدعى عليه للزوجية. ولكن يشترط ألا يقل سن الزوجة عن ١٦ سنة وسن الزوج عن ١٨ سنة وقت رفع الدعوى.

وهذا الحكم عام التطبيق على كل المصريين، ومن ثم يمكن تطبيقه على غير المسلمين، عند تعذر إثبات الزواج الصحيح بالوثيقة الرسمية. كما في حالة فقدان الأوراق لأى سبب.

تطبيقات قضائيـــة :

* عقب إنهاء الخطبة بين قبطى وإنجيلية رفع الخاطب دعوى يطـلب فيها بإسترداد الهدايا التى سبق وقدمها لها أثناء فترة الخطبة ، فدفعــت المخطوبة بأن العدول كان من جانبه وبدون مبررات جادة ، وطـــالبت بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التى لحقتها بمناسبة العدول •

رفضت المحكمة الحكم بإسترداد الهدايا وعدم أحقيـــة الفتـــاة فـــى الحصول على تعويض إستناداً إلى أن " الهدايا المقدمة أبان فترة الخطبة ليست ركناً من أركان الزواج ولاشرطاً من شروطه •• ومن ثم يخرج النزاع بشأنها عن نطاق الأحوال الشخصية ، وتعتبر من قبيل الـــهبات وتطبق بشأنها أحكام القانون المدنى ، فإذا كانت محكمة الموضوع قـــد أعملت ذلك وإنتهت إلى عدم أحقية الطاعن فى إسترداد الـــهدايا ••• وإنتفاء العذر المقبول الذى يبرر رجوع الطاعن فى هبته فإن الحكـــم المطعون فيه لايكون قد خالف القانون •

ولكل من المتواعدين على الزواج مطلق الحرية فى العدول عنه من غير أن يترتب على هذا العدول إلزام بتعويض ما •• ويتعين للحكـــم بالتعويض أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العـدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه إستقلالاً تاماً ومنســـوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر •

وقد وحدت محكمة النقض الحكم فى المسائل السابقة بتطبيقها قواعد القانون المدنى ، ومن ثم فـــالحلول الموضوعـــة تطبـــق علـــى كافـــة المصريين أياً كانت ديانتهم •

* تزوج اثنان من الأقباط الأرثوذكس ، وبعد الدخول اكتشف الـــزوج أن الزوجة ليست بكراً ، وأقرت بأن ذلك راجع إلى إعتداء أحد أقاربـــها عليها • طلب الزوج إنهاء الرابطة الزوجية فرفضت الزوجة وتمسكت

بصحة عقد الزواج • رفع الزوج دعوى طالباً الحكم بالتطليق ، فحكمت المحكمة ببطلان الزواج بسبب الغلط في البكارة • طعنت الزوجة في الحكم إستناداً إلى :

أولاً : أن الزوج رفع دعوى تطليق فحكمت المحكمة بالبطلان وهي لاتملك تغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسها •

ثانياً : أن الزوج رفع دعواه بعد مضى أكثر من شهر من الدخول بالزوجة •

ثالثاً : حدوث اختلاط زوجي ، وإغفال الحكم تحقيق هذا الأمر الجوهرى •

رابعاً : لايجوز الأخذ بإعتراف الزوجة وحده بل يلزم أن يكون مؤيداً بالقرائن والشهادة لقطع دابر التحايل على القانون •

أيدت محكمة النقض الحكم ورفضت الطعن للأسباب الآتية :

أولاً : بطلان الزواج هو الجزاء على عدم استجماع شروط انشائه الموضوعية منها والشكلية ، وهو ينسحب على الماضى ، بحيث يعتبر أن الزواج لم يقم أصلاً ، بخلاف إنحلال الزواج بالتطليق الذى يفترض قيامه صحيحاً ويعد إنهاءاً له بالنسبة للمستقبل مع الإعتراف بكل آثاره في الماضى • ويقوم القاضى بإعطاء الدعوى وصفها الحق واسباغ التكييف القانونى الصحيح عليها دون تقيد بتكييف الخصوم لها في حدود سبب الدعوى ، والعبرة في التكييف هى بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها لا بالألفاظ التى صيغت منها هذه الطلبات • ولما كان ذلك وكان سبب الدعوى الماثلة حدده المطعون عليه بما اتضح له من أن الطاعنة كانت ثيباً عند الدخول وأنها أقرت سبق الإعتداء عليها وإزالة بكارتها قبل الزواج وأنه طالبها بالإنفصال فإمتنعت دون وجه حق ، فإن ذلك لاينم عن إقراره بصحة الزواج ، ولما كان الحكم المطعون عليه قد

كيف الواقعة المطروحه – دون ان يضيف إليها جديدا – بأنـــها فـــى حقيقتها طلب إبطال الزواج ، فإنه لايجوز النعى عليه بأنه قد غير سبب الدعوى ويكون نسبة الخطأ فى تطبيق القانون اليه على غير أساس •

ثانياً : يجوز الطعن فى الزواج بالبطلان إذا أدعت الزوجة أنها بكـــر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها ، ولاتقبل الدعـــوى إلا إذا قدم الطلب فى ظرف شهر من وقت علم الزوج بالغش وبشرط ألا يكون قد حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت • فالبطلان هنا نسبى يـــزول بالإجازة اللاحقة من الزوج بالسكوت مدة شهر أو بالإختلاط الزوجـــى اللاحق على اكتشاف الغلط •

ولما كان الثابت أن الزوج أقام دعواه استناداً إلى أن الزوجة لم تكن بكراً وقت الزواج وأنها كانت على علاقة آثمة سابقة على الزواج ، وأن الحكم اتخذ من تاريخ اقرار الزوجة بتحقيقات النيابة العامة تاريخاً لعلـم الزوج اليقينى بالغش وقضى بقبول الدعوى لرفعها خلال شـــهر مـــن تاريخ هذا العلم (رغم أن الزواج قد تم منذ عام إلا أن الزوج لم يكـــن يعلم العلم اليقينى بسبب الغش وهو سوء السلوك) • وكانت الطاعنة لم تدع بحصول اختلاط زوجى بينها وبيـــن الـــزوج بعـــد اقرارهـــا لـــه وبتحقيقات النيابة العامة بإزالة بكارتها قبل الزواج ، فلا على الحكـم إن هو أغفل التحدث عنه •

ثالثاً : لايسوغ التذرع بنص المادة ٥٨ من تقنين الأقباط الأرثوذكـــس بأنه " لايؤخذ بإقرار المدعى عليه من الزوجين بما هو منسوب إليه مـــا لم يكن مؤيداً بالقرائن أو شهادة الشهود " • لأن هذه المادة إنمـــا وردت ضمن مواد الباب الخاص بالطلاق وإجراءاته ولا صلة لـــــها بـــالمواد الخاصة ببطـــلان الزواج وهو مغاير للطـــلاق ، فـــلا يجـــوز القـــول بالخروج على قواعد الإثبات فى هذا المجال ، ويكون النعى على الحكم بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب على غير أساس •

المبحث الخامس
جزاء شروط الزواج

تتطلب الشرائع المختلفة لإنشاء الزواج شروطا موضوعية وأخرى شكلية . فإذا تخلفت هذه الشروط أو بعضها كان الزواج باطلا.

وتعرف محكمة النقض بطلان الزواج بأنه " الجزاء المترتب على عدم إستجماع شروط إنشائه الموضوعية منها والشكلية ، وهو ينسحب على الماضى بحيث يعتبر أن الزواج لم يقم أصلا . بخلاف أسباب إنحلال الزواج من طلاق أو فسخ والتى تعتبر إنهاء له بالنسبة للمستقبل مع الإعتراف بكافة آثاره فى الماضى[1] " .

يزيل البطلان الزواج ليس فقط بالنسبة للمستقبل وإنما كذلك بالنسبة للماضى . وذلك لأن أسباب البطلان ترجع إلى شروط إنشائه ، فهو لم ينشأ صحيحا كتصرف قانونى مستجمعا شروط صحته وأركانه .

والأمر على خلاف ذلك فى حالتى التطليق والفسخ ، حيث يترتب عليهما إنهاء الرابطة الزوجية بالنسبة للمستقبل فقط ، وذلك لأن أسباب التطليق أو الفسخ تكمن فى وقائع لاحقة على انعقاد الزواج ، فهو ينشأ صحيحا بين أطرافه .

والأثر الرجعى للبطلان ، وإن بدا مقبولا فى التصرفات العادية إلا انه يرتب آثارا خطيرة بالنسبة للزواج . فالطبيعة الخاصة للزواج تجعل من العسير إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الإنعقاد ، إذ لايتصور محو أثاره المتمثلة فى تكوين الأسرة وإنجاب الأولاد .

لذلك تعددت المحاولات لمنع وقوع البطلان من جهة ، وللحد من

---

(١) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨ .

آثاره من جهة أخرى • تعنى الشرائع والقوانين المختلفة بتنظيم عدة وسائل للكشف عن عيوب الزواج قبل إتمامه ، وللتأكد من سلامة انعقاده عن طريق استكمال شروطه • وذلك كشهر مشروع الزواج حتى يتقدم من يعلم بوجود مانع للإعتراض على قيامه • هذا بالإضافة إلى تطلب الكثير من الإجراءات والطقوس على يد كاهن أو موظف مختص للتأكد من إستجماع الشروط الموضوعية والشكلية • أضف إلى ذلك أن الشرائع المختلفة لاترتب البطلان إلا عند تخلف الشروط الجوهرية فقط •

فإذا ما وقع البطلان رغم ذلك فإن أثاره قد نظمت على نحو يحول دون إعماله بنفس الطريقة فى العقود العادية • هذا مع إتاحة الفرصة لمحاولة تصحيحه من جانب ، أو بإعتباره منتجا لآثاره فى الماضى بالنسبة للزوج حسن النية والأولاد ، إعمالا لفكرة الزواج الظنى ، التى تحصر أثار البطلان بالنسبة للمستقبل فقط ، مما يقربنا من التطليق والفسخ •

وقبل أن نعرض لتلك الآثار ، نبدأ بتحديد أسباب البطلان وحالاته أى مجال إعماله •

المطلب الأول
مجال إعمال البطلان

رأينا أنه كقاعدة عامة ، يترتب البطلان على تخلف كل أو بعض شروط انعقاد الزواج الموضوعية والشكلية ، ولكن الشرائع لاتعمل هذا الحكم عى إطلاقه ، فالبطلان كجزاء على درجة كبيرة من الخطورة لايمكن إعماله عند تخلف أى شرط من شروط الزواج • بل يلزم أن يكون الشرط المتخلف من الأهمية التى تبرر إعمال مثل هذا الجزاء ،

أى ينبغى أن يكون الشرط جوهريا بالنسبة لقيام الزواج ٠

ونعرض فيما يلي للحالات التى يتم فيها إعمال البطلان سواء فيما يتعلق بالشروط الموضوعية أو بالشروط الشكلية ٠

الفرع الأول

أسباب البطلان الموضوعية

رأينا أن شروط الزواج الموضوعية تتمثل فى قيام التراضى ، وعدم قيام مانع من موانع الزواج ، فهل يترتب البطلان على تخلف أى من الشرطين ؟

(أ) البطلان عند تخلف التراضى أو أحد عناصره :

يكون الزواج باطلا إذا تخلف رضاء كل من الزوجين به ، أو لم تتطابق إرادتهما على إتمامه ٠ ويتخلف الرضاء فى حالات الجنون والسكر المفقد للإدراك والتنويم ٠ ويبطل الزواج كذلك عندما لايكون أحد الأطراف أهل لعقده كالصبى غير المميز أو كمن لم يبلغ سن الزواج أو دون موافقة ولى النفس فى حالات إشتراطه٠ كما يبطل الزواج فى الأحوال التى يكون فيها الرضاء معيبا بسبب الإكراه أو الغلط ٠

(ب) البطلان بسبب قيام مانع من الموانع :

يبطل الزواج إذا إنعقد رغم قيام مانع من موانعه كالقرابة أو الإرتباط بزوجية قائمة ، والكهنوت والترهب الإحتفالى عند الكاثلويك ، والجريمة كالقتل والزنا إذا توافرت شروطهما ، والعجز الجنسى ، والزواج فى فترة العدة ٠إلا أن بعض هذه الموانع التى لاتستتبع بطلان الزواج :

* الموانع المحرمة ذات الطبيعة الدينية البحتة ، فهى وإن ترتب عليها تحريم الزواج إلا أنه لايبطل مع ذلك ، كالترهب البسيط والإختلاف فى الملة .

* موانع لايتعد بها القانون المصرى كالتبنى واختلاف الدين ، حيث تطبق أحكام الشريعة الإسلامية .

* موانع يجوز الإعفاء منها بواسطة الرئيس الكنسى ، كالزنا والقتل والقرابة البعيدة والقرابة الروحية ومانع الحشمة .

* التضييق من نكاق تطبيق مانع العدة . فلا يحكم القضاء ببطلان الزواج إذا إنعقد قبل إنقضاء فترة الحزن ، مدة العشرة أشهر . ويحاول القضاء تحاشى الحكم بالبطلان فى الحالات الأخرى للعدة مستعملا فى ذلك حقه فى إنقاص مدتها .

الفرع الثانى

أسباب البطلان الشكلية

رغم تعدد الشروط الشكلية اللازمة لإنعقاد الزواج ، إلا أن الشرائع الدينية لاترتب البطلان على تخلف الكثير من هذه الشروط . الشكل الجوهرى الذى يترتب عليه البطلان فى الشرائع المسيحية هو صلاة الإكليل ، فالزواج سر مقدس يتم بصلاة الإكليل .

أما عن الحالات التى لايبطل فيها الزواج عند تخلف الشكل فهى:

١ - تحلف الإجراءات التى تسبق الزواج كالشهر أى الإعلان عن الزواج قبل حدوثه ، وكذلك الحصول على إذن الرئيس الدينى . فإن لم يحصل الكاهن على هذا الإذن تعرض للجزاءات التأديبية دون أن يؤثر على صحة الزواج .

٢ - إغفال بعض مراسيم الزواج طالما لا تمس جوهر إنعقاده٠ وذلك كالخطأ فى تحرير وثيقة الزواج ، أو عدم قرائتها على الحاضرين ، بل أن عدم توثيق الزواج كلية لايرتب بالبطلان لأن قانون التوثيق قصد منه إعداده كدليل إثبات ٠

٣ - تجيز الشريعة الكاثوليكية إنعقاد الزواج بغير حضور الكاهن فى حالات معينة كخطر الموت وتعذر الوصول إليه مدة تزيد عن شهر، وتجيز أيضا إتمام الزواج أمام رجل دين غير كاثوليكى ٠ بل ويجوز كذلك الإعفاء من صيغة العقد والطقوس والرتب المرسومة فى الكتب الطقسية إذا حالت دون ذلك ضرورة ٠

٤ - لايبطل الزواج كذلك إذا تم فى الأيام الممنوع عقد الزواج فيها ، وإنما يدخل الأمر دائرة التحريم أو الخطأ الدينى بالنسبة لرجل الدين الذى يقوم بإتمامه ٠

المطلب الثانى
آثار البطلان

ترتب النظرية العامة للبطلان زوال التصرف القانونى الباطل بأثر رجعى ، أى ليس بالنسبة للمستقبل فقط ، وإنما بالنسبة للماضى أى يعتبر التصرف كان لم يكن وتزول كافة الآثار التى ترتبت عليه ٠

إلا أن تطبيق تلك القواعد العامة على الزواج يعتبر أمرا خطيرا لما ينطوى عليه هذا التصرف من طبيعة خاصة ، وبسبب أهمية الآثار التى تتولد عنه وصعوبة إزالتها أو المساس بها ٠

لذلك اتسمت نظرية البطلان فى عقد الزواج بطبيعة خاصة ٠ إذ عملت الشرائع كما رأينا على حصر أسباب البطلان وتفاديها من جهة ،

والحد من آثار البطلان إذا تقرر ومحاولة تصحيحه من جهة أخـــرى ٠ هذا بالإضافة إلى الإعتراف بما ترتب على الزواج الباطل من آثار فـي حالة حسن النية ، وذلك مايسمى بالزواج الظنى ٠

الفرع الأول

الحد من اعمال البطـــلان

رأينا فيما سبق أن الشرائع الدينية حصرت أسـباب البطـلان فـي تخلف الشروط الجوهرية اللازمة لإنعقاد الزواج ٠وحتى فى الحـــالات التى يوجد فيها البطلان وضعت عدة ضوابط لتحد من أعماله وتقلل من فرص التمسك به ٠

(أ) طبيعة البطـــلان :

تقيم القواعد العامة تفرقة بين نوعين من البطلان : بطلان مطلـــق وبطلان نسبى ٠ فالبطلان المطلق يكمن سببه فى تخلف ركن من أركان التصرف ، أما البطلان النسبى فيرجع لتخلف شرط من شروط صحته٠ والأول يتمسك به كل ذى مصلحة ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقـــاء نفسها ، ولايزول بالإجازة ، أما البطلان النسبى فيتقرر لمصحلة شخص معين ولا يتمسك به سواه ٠

إلا أن ملامح البطلان فى الشرائع الدينية تختلف عن الصور السابقة المعروفة فى القانون المدنى ٠ بل أن أغلب هـــذه الشـــرائع لاتعـــرف التفرقة بين نوعى البطلان ٠ فلا يوجد سوى نوع واحد من البطـــلان ٠ فلم تأخذ بالتفرقة المذكورة سوى شريعة الأقباط الأرثوذكـــس ، حيـــث يعتبر الزواج باطلا ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولى القـــاصر ، كما يجوز لكل من الزوجين وكل ذى شأن الطعن فيه فى حالات معينـــة منها : تخلف صلاة الإكليل ، عدم توافر الرضـــا أو الســـن القانونيـــة

للزواج ، وجود مانع كالقرابة أو الزواج القائم ٠

أما عن البطلان النسبى فيوجد فى حالة وجود عيب من عيوب الإرادة مثل الغلط والإكراه ، وفى حالة زواج القاصر بغير إذن وليه ٠

ورغم تلك التفرقة إلا أن أحكامها لم يعمل بها فى نطاق الزواج ، إذ أن أحكام البطلان فى الشرائع الدينية لا تنبع من التفرقة بين نوعى البطلان بل تتجه كلها إلى هدف رئيسى هو تضييق نطاق البطلان والسماح بزواله بسهولة أكثر ، ويتضح هذا جليا من خلال حالات زوال البطلان أى سقوط الحق فى التمسك به ٠

(ب) سقوط الحق فى التمسك بالبطلان :

* إذا كان الزواج معقودا قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج ، فإنه لايجوز الطعن فيه مع ذلك بالبطلان ، إذا كان قد مضى شهر من وقت بلوغ الزوج أو الزوجين السن القانونية أو حملت الزوجة ولو قبل انقضاء الأجل ٠

* إذا عقد زواج القاصر بغير إذن وليه فلا يجوز الطعن فيه إلا من الولى أو من القاصر ٠ ولاتقبل دعوى البطلان من الزوج ولا من الولى متى كان الولى قد أقر الزواج صراحة أو ضمنا أو كان قد مضى شهر على علمه بالزواج ، ولاتقبل الدعوى أيضا من الزوج بعد مضى شهر من بلوغه سن الرشد ٠

نلاحظ فى الفروض السابقة بأنه رغم دخول حالات البطلان تحت طائفة البطلان المطلق إلا أنها تخضع لأحكام خاصة ، فالتمسك بها قاصر على أشخاص معينين ، وتقبل الإجازة ، ويسقط حق التمسك بها خلال مدة وجيزة خلافا للقواعد العامة ٠

* بالنسبة للرضا ، فإنه إذا عقد الزواج بغير رضا الزوجين أو أحدهما

رضاءا صادرا عن حرية وإختيار فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه ٠

* إذا وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الذى وقع عليه الغش ٠ وكذلك الحكم فيما إذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو فى خلوها من الحمل وثبت أنها حامل٠

ويتضح من الأحكام السابقة أن دعوى البطلان قاصرة على من قرر البطلان لمصلحته أو وليه ، فلا يجوز للغير أو للزوج الآخر أو للخلف العام ، حتى لو كانت لهم مصلحة ، التمسك بالبطلان ٠ إلا أنه يمكن للورثة متابعة دعوى مورثهم التى رفعها قبل وفاته ٠

* لاتقبل دعوى البطلان لعيب الرضاء إلا إذا قدم الطلب فى ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعا بكامل حريته أو من وقت أن علم بالغش وبشرط أن لايكون قد حصل اختلاط جنسى منذ ذلك الوقت ٠

فقد قضى بأن الزوج وقد علم بالغش فى شأن البكارة ولم يقدم دعوى البطلان إلا بعد ذلك ، كما أنه قد حصل اختلاط زوجى بين الزوجين فإن دعوى البطلان لاتكون مقبوله لرفعها بعد مضى مدة الشهر من تاريخ العلم بالغش ولحصول اختلاط زوجى بعد ذلك العام ٠ وعلى هذا فإن المعاشرة الزوجية تعتبر من قبيل الإجازة الضمنية للزواج ومن ثم تؤدى إلى زوال البطلان ٠

* تنص شرعية الأرمن الأرثوذكس على أنه فى جميع الحالات تسقط دعوى البطلان بعد مضى ستة أشهر من تاريخ الزواج ، هذا بفرض عدم العلم بسبب البطلان أو عدم حصول الاختلاط الذى يستشف منه الإجازة الضمنية ٠

ويرى الفقه تعميم هذا الحكم على كافة الشرائع خلافا للقواعد العامة التى تقضى بسقوط دعوى البطلان فى مثل هذا الفرض بمضى خمس عشرة سنة ، حتى لا يظل مصير الزواج معلقا طوال هذه المدة ، هذا بالإضافة إلى صعوبة وجود زواج بدون معاشرة خلال هذه الفترة الطويلة.

الفرع الثانى

تصحيح الزواج الباطل

(أ) مفهوم التصحيح :

يتمثل تصحيح الزواج فى الإجراء الذى ينقلب به الزواج الباطل إلى زواج صحيح • وبصفة خاصة إذا مازال السبب الذى يؤدى إلى البطلان • فالتصحيح إذن وسيلة لتفادى البطلان وآثاره الخطيرة بالنسبة للعلاقة الزوجية •

وينقسم التصحيح ــ من حيث مدى رجعية أثره ــ إلى نوعين : تصحيح بسيط ، تصحيح من الأصل ، فالثانى خلاف الأول ، يتسم بأثر رجعى أى ينقلب فيه الزواج صحيحا ليس من تاريخ التصحيح وإنما من تاريخ إبرام الزواج •

ويختلف التصحيح عن ألإجازة • ففى الإجازة يتنازل الشخص الذى له حق التمسك بالبطلان ، صراحة أو ضمنا ، عن اعماله ، ومن ثم ينقلب الزواج الباطل صحيحا دون القيام بأى إجراء جديد • عكس الحال فى التصحيح حيث يتم إتخاذ إجراءات معينة من شأنها إزالة سبب البطلان أو تفاديه ، وغالبا ما تتمثل تلك الإجراءات فى إعادة عقد الزواج من جديد كما سنرى •

والشريعة الوحيدة التى نظمت التصحيح هى شريعة الكاثوليك ، أما ما ورد فى الشرائع الأخرى أو فى حالات مماثلة فإنه لايعد من قبيل التصحيح ٠

فقد نصت شريعة الأقباط الأرثوذكس على أن الزواج المعقود قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج ، لايجوز الطعن فيه إذا كان قد مضى شهر من وقت بلوغ الزوج أو الزوجين السن القانونية ، أو إذا حملت الزوجة ولو قبل انقضاء هذا الأجل ٠

وتقضى الخلاصة القانونية كذلك بإمكان أن يجيز الرئيس الشرعى للزوجين الاستمرار فى الزواج الذى عقد رغم مانع عدم النصرانية ، أو زنا المرأة المشتهر الثابت ، أو الإرتباط بشكل الرهبنة فعلا ٠ وذلك إذا زال المانع ورغب الزوجان فى الإستمرار ٠

وتضيف الخلاصة القانونية بهذا الصدد أن من الموانع " مايمنع الزواج من قبل ، لكن لايوجب فسخه إذا اتفق حصوله ، وهو مجرد عدم البلوغ والرضا إكراها بحيث يكون من اقترنا على أى هاتين الحالتين قد اتفقا فيما بعد وامتزجا ٠٠ فالطرفان قد اختلطا ببعضهما كأزواج بعقد الزواج ، فلا يفرقان ، لأن اختلاطهما دليل على رضاهما ببعضهما " ٠

يرى البعض أن تلك النصوص تعد تطبيقات لتصحيح الزواج الذى تعرفه شريعة الأقباط الأرثوذكس ٠

وهذا الرأى له وجاهته ، حيث ينطوى على التوسع فى حالات التصحيح وفى نطاق الفكرة حرصا على مصالح الأسرة والأولاد لا سيما أن الزواج يتم تصحيحه بإتفاق الطرفين بعد زوال المانع أو بعد زوال سبب البطلان ٠

إلا إننا نرى مع البعض أن الأمر يتعلق بأثر الإجـــازة ، أى بـأثر مضى المدة على الزواج الباطل ، ومن ثم فالزواج الذى عقـــد تتـأكد صحته ولايقوم الزوجان بصدده بأى إجراء جديد • هذا بالإضافة إلـــى أن للإجازة أثر رجعى أى ينقلب الزواج صحيحا منـــذ انعقـــاده ، أمـــا التصحيح فيقتصر أثره بالنسبة للمستقبل فى حالات التصحيح البســيط ، أى يصبح الزواج صحيحا منذ تاريخ تصحيحه •

(ب) التصحيح البسيط :

وبه ينقلب الزواج صحيحا ، منذ تاريخ التصحيـــح ، أى دون أثـــر رجعى وتختلف كيفية التصحيح حسب سبب البطلان ، والذى يتمثل فـــى تخلف ركن من أركان العقد : التراضى ، قيام مانع ، تخلـــف الشـــكل الدينى •

* إذا كان العيب يتعلق بالرضاء ، فإن التصحيح يتم إذا صدر رضـــاء صحيح ممن تخلف رضاه من قبل ، على أن يظل رضا الطرف الأخــو بالزواج قائما • فإذا كان الذى تخلف هو الرضا الباطن أى إذا كـــانت الإرادة الباطنة تخالف الإرادة الظاهرة التى عبرت عن الرضا ، فيكفـــى أن يرضى باطنا الفريق الذى لم يكن قد رضـــــى ســـابقا • وإذا كـــان الطرف الآخر يعلم بالعيب فى الرضا ، فيجب أن يتم الـــتراضى مـــن جديد بينهما • أما إن كان تخلف الرضا بالزواج ظـــاهرا (شـــائعا)، فينبغى أن يظهر ويعبر عنه فى العالم الخارجى بطريقة علنيـــة طبقـــا للمراسيم العادية أمام الكاهن والشهود •

* أما إن كان بطلان الزواج بسبب قيام مانع من موانعـــه ، فيشـــترط لتصحيحه شرطان :

- الأول : زوال المانع أو التفسيح منه أى الإعفاء منه بواسطة الســطة

الدينية المختصة ٠

- الثانى : تجديد الرضا بالزواج ، ولو كان الفريقان قد أبديا رضاهما فى البداية ولم يرجعا عنه فيما بعد ٠ فإذا كان المانع ظاهرا فإن تجديد الرضا يتم علنا أمام الكاهن والشهود ، أما إن كان خفيا ويعلم به الطرفان وجب أن يجدد كل طرف رضاه ، ويكفى أن يجدد من يعلم به رضاه إذا كان مجهولا من أحدهما ، وفى الحالتين يكفى أن يتجدد الرضا بصورة خاصة وسرا ، وأن يستمر رضاء الطرف الآخر ٠

* وإذا كان سبب البطلان هو تخلف الشكل الدينى ، فإن الزواج يصحح بعد أن يعاد عقده من جديد وفقا للصيغة والشكل المطلوب ٠

(ج) التصحيح من الأصل :

يترتب على التصحيح من الأصل أن ينقلب العقد صحيحا بأثر رجعى ، أى من تاريخ إبرامه ٠

وتصحيح الزواج من الأصل لا يكون إلا للكرسى الرسولى وحده ، ومع ذلك يستطيع البطريرك منح مثل هذا التصحيح إذا كان بطلان الزواج راجعا إلى نقصان فى صيغة عقد (تخلف الشكل) أو إلى قيام مانع يمكنه أن يفسح منه ٠

ولايمكن تصحيح الزواج إذا كان المانع الذى أدى إلى إبطاله يعد من موانع الحق الطبيعى أو الإلهى ، حتى ولو زال المانع ومثاله الزواج بين الشخص وأصله أو فرعه ٠

ولايمكن التصحيح من الأصل كذلك إذا كان البطلان راجعا إلى نقصان الرضا ، إلا أن الزواج يقبل التصحيح منذ اللحظة التى يتوافر فيها هذا الرضاء ٠

أما إن كان بطلان الزواج راجعا إلى وجود مـــانع مـــن الموانـــع الكنسية (كالزنا مثلا) أو بسبب نقصان صيغة الزواج الشرعية (ركن الشكل) فإنه يمكن أن يصحح من الأصل بشرط أن يستمر الرضاء •

فهنا لايشترط تجديد رضاء الطرفين لإجراء التصحيح مادام الرضاء كان قائما عند ابرام العقد • بل يمكن إجراء التصحيح رغم إعـــتراض الزوجين أو أحدهما أو بعد وفاة أحدهما بهدف المحافظة علـــى نســب الأولاد •

ويمنح التصحيح منذ حين إعطاء المنحة ، إلا أنه ينصـــرف إلـــى الماضى أى من تاريخ ابرام الزواج الباطل • ولكن يجـــوز أن ينـــص قرار منح التصحيح على عدم سريانه بأثر رجعى •

الفرع الثالث

الزواج الظنـــــى

(أ) مفهوم الزواج الظنى :

نبتت نظرية الزواج الظنى على يد الفقه الكنسى الكـــاثوليكى ، ثـــم امتدت بعد ذلك لتجد مكانها بين الشرائع المسيحية الأخرى والكثير مـــن التشريعات الحديثة • وترمى هذه النظرية إلى تفادى الآثـــار الخطـــيرة لبطلان عقد الزواج ومنها إعتبار العلاقة الزوجية ومانتج عنها من اولاد غير شرعيين •

ومبنى هذه النظرية أنه فى حالة حسن نية الزوجين أو أحدهما فـــإن بطلان الزواج يقتصر على المستقبل فقط ولاينسحب إلـــى المـــاضى ، حيث يتم الإعتراف بوجود العلاقة الزوجية وآثارها بالنســـبة للمـــاضى فقط، وذلك بناءا على قيام زواج ظنى أو وهمى وليس صحيحا •

(ب) شروط الزواج الظنى :

نظمت مجموعة الأقباط الأرثونكس الزواج الظنى بنصها على أن "الزواج الذى يحكم ببطلانه ، يترتب عليه مع ذلك آثاره القانونية بالنسبة للزوجين وذريتهما إذا ثبت أن كليهما حسن النية أى كان يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذى يشوب العقد • أما إذا لم يتوفر حسن النية إلا من جانب أحد الزوجين دون الآخر ، فالزواج لايترتب عليه آثاره إلا بالنسبة لهذا الزوج ولأولاده المرزوقين له من ذلك الزواج •

وطبقا للإرادة الرسولية الكاثوليكية يقال للزواج غير الصحيح موهوما إذا عقد أمام الكنيسة بضمير سليم من الطرفين أو من أحدهما على الأقل •

ومن ثم يتضح لنا ضرورة توافر شرطين لأعمال أحكام الزواج الظنى : حسن النية بالإضافة إلى ضرورة وجود مظهر قانونى للزواج•

١ - وجود مظهر للزواج وقت انعقاده • يجب لإعمال أحكم الزواج على سبيل الإستثناء من خلال نظرية الزواج الظنى ، إتخاذ الزواج مظهرا قانونيا معينا وإن كان باطلا .• فيلزم أن يكون الزواج باطلا وليس منعدما • إذ لايعقل أن يترتب على الإنعدام أى أثر قانونى • فلا يمكن تطبيق نظرية الزواج الظنى إذا كان الزواج بين شخصين من نفس الجنس •ونفس الحكم بالنسبة للزواج الذى يتم بين مسيحيين من نفس الملة والطائفة دون إتخاذ الطقوس الدينية • فالزواج فى مثل هذه الفروض يعتبر منعدما • ولكن الأمر يختلف بطبيعة الحال إذا ما عقد الزواج بالخارج دون مراعاة الشكل الدينى حيث لايتطلب قانون البلد الذى ابرم فيه العقد مثل هذا الشكل ، فإنه يمكن أن يعتبر باطلا وليس منعدما •

٢ – توافر حسن النية يلـزم لقيام الزواج الظنى توافـــر حســن نيـة الزوجين أو احدهما ٠

ويقصد بحسن النية الجهل بسبب البطلان ، أى الإعتقاد بأن الـزواج انعقد صحيحا ٠ ومثل هذا الإعتقاد الخاطئ قد يكون مبناه الغلـط فـى الواقع أو الغلط فى القانون ٠ ومن أمثلة الغلـط فـى الواقـع ، زواج الشخص من قريبته دون أن يعلم أنها كذلك بالنسبة له ٠

أما عن الغلط فى القانون ، كأن يتزوج الشخص من قريبة له مـع علمه بذلك ولكن مع جهله بأن تلك الدرجة من القرابة تعد مانعـا مـن موانع الزواج ٠ ويعتد بالغلط فى القانون رغم قيام قاعدة " عدم جـواز الإعتذار بالجهل بالقانون " لأن المقصود بهذه القـاعدة هـو تحاشـى التهرب من أحكام القانون ، أما هنا فالإعتداد بالغلط يؤدى إلى تطبيـق حكم القانون ألا وهو بطلان الــزواج ، إلا أن هـذا البطـلان يخفـف لتفـادى مساوئه بالنسبة للزواج ٠

ويشترط حسن النية عند الطرفين أو أحدهما ، أما أن كان كلاهمـا سيئ النية ، فإن البطلان ينتج آثاره بأثر رجعى أى لاتنطبـق نظريـة الزواج الظنى ٠ ويرجع لمعرفة توافر حسن النية إلى لحظــة انعقـاد العقد، فيكفى حسن النية عند إبرام الزواج ، ولايؤثر فى ذلك سوء النيـة اللاحق ، أى علم الأطراف اللاحق بسبب البطلان ٠

والقاعدة أن حسن النية مفترض ، أى لايلتزم الزوجان بإثبات حسن نيتهما ، وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك ٠ فصاحب المصلحة فـى عدم تطبيق أحكام الزواج الظنى يقع عليه عـبء إثبـات سـوء نيـة الزوجين أو أحدهما[١] ٠

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأن بحث توافر حسن النية هو من مسائل الواقع التى لمحكمـة الموضوع الحق فى تقديرها ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقـض فـى ذلـك متـى كـان استخلاصها سائغا ٠ وإذ كان الحكم قد استند فى استخلاص حسن نية المطعون عليـها =

(ج) آثار الزواج الظنى :

إذا ما توافرت الشروط اللازمة لإعتبار الـــزواج ظنيـــا ، أعتـــبر الزواج قائما رغم أنه باطل ، وترتب عليه آثار الزواج الصحيـــح فـــى الفترة ما بين نشأته والحكم ببطلانه • أى ينحصر أثر الحكم بـــالبطلان بالنسبة للمستقبل فقط • إلا أن نطاق انتاج الزواج لآثاره فى المـــاضى يختلف بحسب إذا كان كلا الزوجين حسن النية أو أحدهما فقط •

١ - إذا كان كلا الزوجين حسن النية ، فإن الزواج ينتج آثاره كاملة كما لو كان زواجا صحيحا ، وذلك فى فترة ما قبل تقرير بطلانه ، أما بعـــد صدور الحكم بالبطلان ، فإن الزواج يزول بالنسبة للمستقبل ، وعلـــى هذا تقترب آثار الزواج الظنى من آثار الحكم بالتطليق •

ومن ثم فإن كافة الآثار الشخصية والمالية التى ترتبت على الـزواج قبل الحكم ببطلانه تعتبر صحيحة ونافذة • فالمخالطة الجســدية التـــى وقعت بين الزوجين لا تعتبر زنا بل علاقة زواج شـــرعية ، ومـــاينتج عنها من أولاد يكونون شرعيين ويتم التوارث بينهم وبيـــن والديـــهم • وإذا ماتوفى أحد الزوجين قبل تقرير البطلان ، فـــإن للـــزوج الآخـــر وللأولاد الحق فى الإرث فيه • فإذا ماتقرر البطلان لاينتج الـــزواج أى أثر بالنسبة للمستقبل ، فلا يمكن الحكم بالنفقة ولايرث أحدهما الأخر •

٢ - أما إذا كان أحد الزوجين فقط حسن النية ، فإن الزواج لا تـــترتب عليه آثاره إلا بالنسبة لهذا الزواج ولأولاده المرزوقين لـــه مـــن ذلك الزواج • فقبل الحكم بالبطلان يرث الزوج حسن النية فى زوجة الآخر وفى أولاده كذلك ، أما أن كان الزوج سيئ النية فلا يـــرث بطبيعـــة

= (الزوجة) واعتقادها بصحة انعقاد الزواج الى أسباب سائغة ، ثم قضى لها بحقها فى أن ترث زوجها الذى توفى قبل الحكم بالبطلان ، وذلك تطبيقا لما إستقر عليه الفقه والقضـــاء بشأن الزواج الظنى فى ظل القانون البيزنطى ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعـــون فيـــه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح • نقـــض جلســـة ١٩٧٢/٤/١٢ س ٢٣ ص ٦٩٨ •

الحال ٠

ولايؤثر سوء نية أحد الزوجين على إعتبار العلاقة الجسدية بينـــهما قبل تقرير البطلان مشروعة ، وعلى إعتبار الأولاد شـــرعيين حتـــى بالنسبة للزوج سيئ النية ٠

(د) ترتيب القضاء لبعض الآثار على الزواج الباطل :

فى الفرض الذى يكون فيه الزواج باطلا ولم يتم تصحيحــــه ولـــم تنطبق نظرية الزواج الظنى ، فإن القواعد العامة تقضى بأن تنســحب آثار البطلان إذا ما تقرر إلى الماضى ، فيعتبر الزواج كأن لـــم يكـن ولايترتب عليه أى أثر ٠

إلا أن القضاء والفقه لايعملان قاعدة الأثر الرجعى للبطلان علـــى إطلاقها بل يخففان من أحكامها فى حالات معينة نظرا لقوة هذه الأحكام وصعوبة تطبيقها ومن ذلك :-

- وجوب أن تعتد المرأة ، أى تنتظر فترة العدة قبل الدخول فى علاقـــة زوجية جديدة ٠

- يعتبر الأولاد فى حكم الأولاد الشرعيين حتى ولو كان الإبوان سـيئى النية ، ومن ثم ينتسبان إلى الأبوين ، ويرثانهما ، وتقوم بالنسبة لـــهما السلطة الأبوية ٠

- يمكن الحكم بالتعويض عن بطلان الزواج ٠ فقد قضى " بأنه قد ظهر للمحكمة من ظروف الدعوى أن حالة عدم قيام الإتصال الجنسى قائمـــة منذ فجر الحياة الزوجية وأن هذه الحالة لاحقة بالمدعى عليه قبل الزواج وكان يعلم بها وأقدم على الزواج رغم ذلك ومن ثم يتعين إجابة المدعية الى طلب بطلان عقد الـــزواج٠

ولما كان ذلك الحكم فى مادة الإنفصال بين الزوجين قد اثبت بصفة نهائية مسئولية تقصيرية على الزوج وأنه كان عالما بقيام حالة العنة لديه وقد أقدم على الزواج رغم ذلك وهو بهذا قد ارتكب عملا خاطئا فى حق زوجته التى لها عليه حق تحصينها ضد ألم الشهوة • وأنه على هذا المناط قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، ففى احجامه عن معاشرتها تفويت لحق مقرر لها ترتب عليه أضرار بليغة أصابتها فى كيانها لاسيما وهى شابة فى مقتبل العمر انخدعت فى أحلامها وصدمت فى أعز أمانيها •وحيث أنه مع ثبوت ركن الخطأ على الوجه السابق فالضرر محقق أيضا •

وقد أشارت أسباب الحكم الإبتدائى إلى أن الأضرار الأدبية والحسية التى لحقت بالزوجة مما لايمكن جبره بمال ، فضلا عما ضاع عليها من مصاريف أنفقتها فى تجهيز نفسها للزواج ، وقد تعطلت حياتها الدراسية فترة طويلة نتيجة للصدمة التى أصابتها من زواج فاشل ، فضلا عن التشهير بها بين زملائها ومعارفها وفى دور المحاكم بسبب هذه الأنزعة الطويلة ومايترتب على حكم التطليق من جواز بقائها معلقة لفترة طويلة دون زواج آخر جريا وراء التقاليد التى تمنع الكثرين من التقدم لزواج مطلقة مهما كانت دواعى الطلاق •

وقد أغفلت المحكمة الإبتدائية فى تحديد عناصر التعويض إلتزام الزوج بالإنفاق على زوجته ابتداء من تاريخ هذه الخصومة حتى قضى نهائيا بالفصل بين الزوجين ، وأغفلت أيضا تكاليف حفلة الخطبة التى جرى العرف على تحمل الزوجة بها مما ترى معه هذه المحكمة رفع قيمة التعويض المقضى به مع المصروفات المناسبة عن الدرجتين •

وحيث أن المحكمة لا تلتفت إلى ما يقوله المستأنف من أن العقد الباطل لاينتج أثرا ولايصلح سببا للحكم بالتعويض ، فالدعوى هنا تقوم

على اساس الخطأ الذى ارتكبه الزوج وهو الخطأ الذى أدى إلى اقدامه على زواج باطل وأحدث الضرر بالزوجة على الوجه السابق[1] .

فهذا الحكم ـ كما نرى ـ يقضى بالتعويض ليس بناءا على العقد الباطل وإنما إستنادا إلى الخطأ الذى ارتكبه الزوج أى تطبيقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

إلا أنه قرر إلتزام الزوج بالإنفاق على زوجته طوال الفترة ماقبل الحكم بالبطلان . ولاشك أن الإلتزام بالنفقة يعد من أثار الزواج الصحيح ، إلا أن الحكم رتب هذا الأثر على الزواج الباطل رغم ذلك ، ويعد هذا من الحالات التى يرتب فيها القضاء بعض الآثار على العقد الباطل ، أى لايطبق بصفة مطلقة فكرة الأثر الرجعى للبطلان .

وكل ذلك تعرفه الشريعة الإسلامية فى عقد الزواج غير الصحيح .

الشريعة الإسلامية والزواج غير الصحيح :

العقد غير الصحيح يشمل الفاسد والباطل . والتفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد وإن كان لها أهميتها فى مجال المعاملات المالية لإختلاف الحكم فى الحالتين ، إلا أن الفقهاء لايقيمون لتلك التفرقة وزنا فى الزواج " لأن العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء " . فالعقد الباطل هو مايكون الخلل فى ركن من أركانه كإنعدام الأهلية (زواج المجنون مثلا) ، والفاسد هو كل مايفقد شرط من شروط صحته أى يكون الخلل فى وصفه كتخلف الشهود فى الزواج .

فالحكم واحد فى الحالتين . لأن العقد غير الصحيح لايترتب عليه شيئ مطلقا ، أما إذا حصل دخول فى هذا العقد فإن ذلك يرتب بعض آثار الزوجية الصحيحة مثل وجوب العدة على المرأة المدخول بها بعد

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٦٠/٤/٢٧ ، القضية رقم ١٨ س ٧٦ ق .

التفرقة بينهما ، وثبوت نسب الولد إذا حصل حمل من هذا الدخول ، وحرمة المصاهرة ، ووجوب المهر ٠

والعبرة فى ترتيب الآثار السابقة هى بوجود العقد غير الصحيح المتبوع بالدخول مع وجود شبهة الحل أى حسن النية وهذا مايقربنا كثيرا من فكرة الزواج الظنى ، ومن ثم فالجوهر واحد بين الأحكام الواردة فى هذا الصدد ، مما يسهل عملية توحيد الأحكام ٠

وبعد أن إنتهينا من دراسة إنشاء الزواج وكيفية إنعقاده ، ننتقل إلى تناول آثاره أى النظام القانونى للأسرة التى تنشأ عنه ٠

الفصل الثالث

آثار الزواج

تمهيد :

تقتضى الحياة الأسرية المستقيمة أن تقوم الرابطة الزوجية على أسس من الود والمحبة بين الزوجين . والمثالية تقتضى أن تكمن تلك الرابطة فى عالم يسوده الوئام والتفاهم وتختفى بين طياته لغة الإلتزامات والمسئولية لأن الأمر ليس بشركة تجارية بل زورق أسوى مبناه صلة الرحم ومياهه غدير الحب والصفاء .

ولكن تلك المثالية ترتطم غالبا بصخور الواقع ونتوءات الحياة المتعرجة ، فتظهر عقبها العلاقة الزوجية جريحة تتنازعها الدعاوى والشكوات ، لذا تثور الحاجة إلى تنظيم قانونى يحدد ابعاد تلك العلاقة وما تنطوى عليه من حقوق وإلتزامات .

والفكر القانونى وإن صعب عليه تنظيم الحب والوداد ، إلا أنه يكتفى بوضع الأسس التى من شأنها أن تؤدى إليه أو على الأقل تلقى على عاتق من يخل بها مسئولية معينة .

تنشأ الرابطة الزوجية بقيام الزواج صحيحا مستوفيا اركانه وشروطه . تلك الرابطة تشكل نواة الأسرة كجماعة صغيره ، تتولد بين أفرادها علاقات متعددة . فبالإضافة إلى العلاقة الرئيسية بين الزوجين، توجد علاقة جديدة مع الأولاد الذين يدخلون فى تكوين الأسرة .

والعلاقات السابقة تنطوى على سلسلة من الحقوق والواجبات التى تشكل ملامح النظام القانونى للأسرة . فهناك إلتزامات متبادلة على

عاتق الأطراف وبصفة خاصة بين الزوجين ، وهناك من الإلتزامات مايلقى على عاتق أحدهما دون الأخر وذلك حسب صفته كرجل أو امرأة • والمرمى الرئيسى لتلك الحقوق والواجبات هو الوصول بالزواج إلى غايته المرجوة ألا وهى تكوين الأسرة والتعاون على شئون الحياة •

والآثار المترتبة على الزواج بعضها شخصى كالإخلاص المتبادل والمعيشة المشتركة،وبعضها يأخذ مظهرا ماليا كالنفقة والمهر والجهاز • وتتحدد تلك الآثار بمقتضى النظام القانونى للزواج وماتتسم به أحكامه من طبيعة آمرة لايجوز الاتفاق على مايخالفها •

إلا أن تلك الصفة الآمرة تقتصر على ماينشأ عن الزواج من آثار مباشرة ترتبط به كنظام قانوني ، ولكنها لاتمتد إلى ماينشأ بمناسبة الزواج من عقود وعلاقات مستقلة ذات طبيعة مالية تتعلق بالنظام المالى للزوجين وجهاز الزوجية مثلا •

ويتضح لنا مما سبق أن أثار الزواج تتمثل فيما ينشأ عنه من علاقات سواء بين الزوجين ، أو بين هؤلاء والأولاد • وعلاقات الزوجين إما أن تكون شخصية وإما أن تكون مالية •

المبحث الأول
الإخلاص وحسن المعاشرة

تقتضى الحياة الزوجية حسن المعاشرة بين الزوجين ، والمعاملة الحسنة ، والمساعدة والعون بينهما فى السراء والضراء ، هذا بالإضافة إلى الإلتزام بالصدق والثقة المتبادلة بين الزوجين ، وعدم إفشاء أسرار الحياة الزوجية ، والحفاظ على شرف وكرامة الزوج الآخر •

وتتمثل المساعدة من الناحية المعنوية فى العناية والرعاية الحسنة والمواساة والحماية والتعاضد فى شئون الحياة وفى أوقات الشدة ، فإذا مرض أحد الزوجين ، كان على الآخر الوقوف بجانبه والسهر على رعايته ٠

ومن الناحية المادية فى مساهمة كل من الزوجين فى شئون الحياة ، كل بحسب امكانياته ، كالمشاركة فى أعمال المهنة أو الحرفة والقيام بشئون المنزل وتربية الأولاد ، ولا تستطيع الزوجة أن تطالب الزوج مقابل الأعمال التى تقوم بها لخدمته ورعايته والقيام بشئون المنزل أو مساعدته فى مهنته لأن ذلك يعتبر تنفيذا للإلتزام بالمعاونة والمساعدة المتولدة عن الزواج ، وأنه لمن اقوى واجبات الزوج المساهمة الكاملة فى علاج زوجته والإنفاق على شئون مرضها جريا وراء المعونة والمساعدة المتبادلة التى يحتمها عقد الزواج ٠

أما عن الإلتزام بالإخلاص فينحصر فى عدم الخيانة الزوجية ، وتشمل كل صور العلاقات غير المشروعة التى يمكن أن تقوم بين أحد الزوجين وشخص آخر ، فالخيانة قد تكون جسدية أو معنوية وإن كان الزنا يعتبر أبرز وأخطر صور الإخلال بالإلتزام بالأمانة ، إلا أن هناك صور أخرى أقل جسامة كسوء السلوك أو الخروج عن اللياقة والاحتشام ، وهو مايطلق عليه الزنا الحكمى ٠

جزاء الإخلال بالإلتزام :

يمكن أن يشكل الإخلال بالإلتزام بحسن المعاشرة إيذاءا جسيما يبيح للطرف الآخر حق طلب التطليق ٠ وتجمع الشرائع الطائفية على إعتبار الزنا سبب لإنهاء الرابطة الزوجية ويستطيع الزوج الآخر المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية التى تصيبه بسبب الإخلال بالإلتزام بحسن المعاشرة أو بسبب الزنا ٠

ويعاقب القانون الجنائى على الزنا كجريمة تشكل إخلالا بمصلحة الجماعة فى الحفاظ على كيان الأسرة • إلا أن تلك العقوبة تنطوى على محاباة غير مبررة للرجل ، وهى استمرار للمركز الممتاز الذى منحه الرجل لنفسه منذ زمن بعيد ، هذا فضلا عن تأثير القانون الرومانى الواضح وراء تلك الفكرة •

فالقانون الجنائى لا يعاقب على زنا الزوج إلا إذا وقع فى منزل الزوجية ، بينما يعاقب على زنا الزوجة ولو وقع فى أى مكان • وكذلك يمكن أن تصل عقوبة المرأة إلى سنتين من الحبس ، أما عقوبة الرجل فلا تتجاوز ستة أشهر • هذا بالإضافة إلى أن مفاجأة الرجل لامرأته أثناء إرتكابها للزنا يعتبر عذرا مخففا إذا قتلها وشريكها أو قتل واحدا منهما ، ولكن ذلك لايكون عذرا مخففا بالنسبة للمرأة • وأخيرا يعتبر شريك الزوجة شريكا لها فى جريمة الزنا بينما لاتعتبر شريكة الزوج فى الزنا شريكة له فى الجريمة •

والزنا الذى يعتد به القانون ويرتب عليه جزاءات مدنية وجنائية معينة ، يتمثل فى الإختلاط الجنسى الكامل بين أحد الزوجين وشخص آخر ولو مرة واحدة ، فقيام الزوجية يعد ركنا من اركان جريمة الزنا •

وتوجب الشريعة الإسلامية على كل من الزوجين مساكنة الآخر ومعاشرته بالمعروف ، فإذا أخلت الزوجة بهذا الواجب اعتبرت ناشز وسقط حقها فى النفقة ، أما إذا كان الإخلال من جانب الزوج فيمكن للزوجة طلب التطليق للضرر •

وعقوبة الزانى المحصن (المتزوج) الرجم حتى الموت ، والجلد مائة جلدة لغير المحصن • والعقوبة واحدة بالنسبة للرجل والمرأة إلا أنها غير مطبقة من الناحية الوضعية •

المبحث الثانــى
النفقة الزوجية ونفقة الأقــارب

المطلب الأول
النفقة الزوجية

نعرض فى البداية لأحكام النفقة ثم نبين ضماناتها ٠

الفرع الأول
أحكــام النفقــة

(أ) مضمون النفقة الزوجيــة :

تشمل النفقة الزوجية الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العــلاج ، أى إشباع الحاجات المادية الضرورية لحياة الإنسان ٠

وتتعلق النفقة بالمسائل المالية وليست بالعقيدة ، وهى ترتبط أساســا بالواقع الإجتماعى ، لذا نجد الأحكام المطبقة فى هذا الشــأن واحــدة ٠ ولايفرق القضاء فيها بين مسلمين وغيرهم ، وهى مستمدة اساسا مـــن الشريعة الإسلامية صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية، خاصة وأن الشرائع الطائفية لم تورد تنظيما مفصلا لأحكامها ٠

(ب) إلتزام الزوج بالإنفاق :

يقع الإلتزام بالنفقة أساسا على **عاتق الزوج** ، حيث يلتزم بإعالـــة زوجته والإنفاق عليها ، فمن المقرر قانونا أن نفقة الزوجية واجبة على الزوج لزوجته بإعتبارها من أحكام عقد الزواج الصحيح ، فهى حق من الحقوق الثابتة للزوجة بمقتضى العقد والزوجية الصحيحة ٠

تتفق الشرائع الدينية على إلزام الزوج بالنفقة الزوجية • إذ تقضى الشريعة اليهودية بأنه " على الزوج للزوجة ، مهرها ومئونتها وكسوتها• وتنص شريعة الأقباط الأرثوذكي على أنه " يجب على الزوج أن يسكن زوجته فى منزله وأن ينفق عليها على قدر طاقته " • وتقض شريعة السريان بأن يلتزم الرجل لامرأته بالقوت والكسوة والسكنى والخدمة فى حالة المرض والضعف وذلك حسب الحال " •

والتزام الزوج بالإنفاق على زوجته أمر تقرره الشريعة الإسلامية كذلك ، فهو يلتزم بإعالتها ولو كانت موسرة أو فى غير حاجة إلى الإنفاق عليها من جانبه ، لأن أساس الحق فى النفقة هو الإحتباس أى قرار الزوجة فى منزل الزوجية •

تقوم الزوجة على سبيل الإستثناء بالإنفاق على زوجها طبقا لشريعة الأقباط الأرثونكس حيث تنص على أنه " تجب النفقة على الزوجة لزوجها المعسر ، إذا لم يكن يستطيع الكسب ، وكانت هى قادرة عليه"• وتقترب من نفس الحكم كل من شرائع الأقباط الكاثوليك والأرمن•

فالقاعدة العامة أن الإلتزام بالنفقة يقع على عاتق الرجل وحده ، ولكنه هنا يكون إلتزاما تبادليا ، إذا تقوم به المرأة إذا كانت قادرة وزوجها معسر بسبب عدم قدرته على الكسب لمرض أو عجز أو غير ذلك •

ولاشك فى عدالة هذا الحكم واتفاقه مع طبيعة الحياة الزوجية وماينبغى أن تقوم عليه من حب وتعاون • وتتجه القوانين الحديثة إلى الحكم بمساهمة الزوجين فى أعباء الحياة الزوجية ، فالالتزام بالنفقة يعد واجبا تبادليا يقع على عاتق الطرفين كل بحسب إمكانياته وموارده •

وهذا القول ليس غريبا عن الشريعة الإسلامية فقد قال به الإمام ابن

حزم " فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه ، ولا ترجع عليه بشيئ من ذلك أن أيسر " ويبرهن على ذلك بقوله تعالى ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفس إلا وسعها لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ ويرى الإمام أن الزوجة وارثة ومن ثم فعليها نفقته بنص القران •

(ج) *تقدير النفقة :*

تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت إستحقاقها يسرا أو عسرا، على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية ، وهو مايعبر عنه فى العرف القضائى بنفقة الفقراء ، لا أن تكون فوق طاقته[1] •

فالقاضى يقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا مهما كانت حالة الزوجة ، مراعيا أن ذلك من الأمور النسبية التى تختلف بإختلاف البلاد والعرف ومستوى المعيشة السائد فى كل إقليم •

وتتغير النفقة بتغير حال الزوج وتغير الأسعار ، فإذا تحسنت حال الزوج وزاد دخله ، فللزوجة طلب الزيادة ، والعكس صحيح فإذا قل دخل الزوج أو زادت أعباءه الإجتماعية ، كان له طلب تخفيض النفقة•

---

(١) طبقا للمادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ • إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد. وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن. ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك، تلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات، تكون منتجه فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة. ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها.

ويجب على النيابة العامة أن تنهى التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يجاوز ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها (م ٢٣ من القانون ١/ ٢٠٠٠).

فالحكم الصادر بالنفقة هو بطبيعته مؤقت ، أى يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل ويخضع للزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغير دواعيها ، لأن النفقة تقدر بحسب الحاجة إليها ولها مقوماتها القانونية ، فإذا مازالت هذه المقومات سقط الحق فيها • إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير •

(د) إعداد المسكن المناسب :

يقع على الرجل عبء اختيار مسكن الزوجية وإعداده ، فإذا هيأ المسكن المناسب ، على الزوجة واجب مساكنته فيه ، ولاحق لها فى طلب بدل أجرة سكن لإندفاع حاجتها • وحتى يعتبر المسكن شرعياً ينبغى توافر شروط معينة:

١ - يجب أن يكون ملائماً ومناسباً لمنزلة الزوج الإجتماعية وحالته الإقتصادية ، أياً كان مركز الزوجة الإجتماعى • فإذا كان حاله يتناسب مع مسكن مستقل وجب توفير ذلك للزوجة ، وأن كان مثله يسكن فى شقة وجب عليه أن يسكنها فى مثل ذلك •

٢ - ينبغى أن يكون المسكن مؤثثاً بطريقة تجعله صالحاً للإقامة فيه ، مستوفياً لكل مايلزم للسكنى من فراش وأدوات منزلية ، ومشتملاً على المرافق اللازمة • كل ذلك بالقدر الذى يتناسب مع دخل الزوج وظروفه المادية والإجتماعية •

فإذا كان المنزل غير صحى أو يعرض حياة الأسرة لخطر مادى أو معنوى أو مؤثث بطريقة غير مناسبة كان للزوجة أن تمتنع عن الإنتقال فيه وأن تطلب تهيئة المسكن الملائم • ورضاء المرأة السابق بالمسكن غير الملائم لايسقط حقها فى المطالبة بتغييره بعد ذلك •

٣ - أن يكون مستقلاً، خالياً من سكنى الغير ، بمعنى أن يكون المنزل

مخصصاً لسكن الأسرة ، دون غيرها من أهالى الزوج أو الغير • فمن حق الزوجة طلب مسكن مستقل مع زوجها ــ بعيداً عن أهل الزوج ــ تأمن فيه على نفسها ومتاعها •

ولايسقط حق الزوجة فى طلب المسكن المستقل ولو قبلت معاشرة أحداً من أهل الزوج قبل ذلك • فهذا القبول مرجعه التسامح الذى لايسقط الحق •

إلا أن ظروف الحياة الاقتصادية وأزمة الإسكان الطاحنة طوعت هذا المبدأ وجعلته أكثر مرونة أمام القضاء ، الذى أصبح يورد عليه عدة إستثناءات :

- إذا كان هناك من يلتزم الزوج بالإنفاق عليه كالوالدين أو الأولاد ، ولم يكن لديه القدرة المالية على إنشاء مسكن مستقل ، فإنه يجوز أعفاؤه من ذلك عن طريق إسكان الزوجة مع من تجب عليه نفقته ، أى أنه يسكن فى منزله من تجب عليه نفقته ويقدم له ما يحتاجه من طعام وكسوة •

- تلتزم الزوجة بقبول أبناء الزوج من زوجته الآخرى معها بالمسكن ، طالما كانوا قصراً ، هذا مالم يكن هؤلاء مصدر اذى للزوجة ، وكان باستطاعة الزوج أن يفرد لهم سكناً مستقلاً •

وتقرر محكمة النقض أن مفاد مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس أنه يتعين على الزوج إعداد المسكن المناسب ، ومن حق الزوجة التمسك بالإقامة فى مسكن مستقل لا يشاركها فيه أحد من أقارب زوجها سوى أولاده من غيرها أن وجدوا ، فإن الفرقة التى جعلها الحكم المطعون فيه عمدته لم تلجأ إليها الطاعنة إلا نتيجة إخلال الزوج المطعون عليه بواجب من واجباته الزوجية الملقاة على عاتقه وإصراره على اقامتها فى منزل أهله رغم استفحال النزاع بينها وبين

أهله الأمر الذى ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون[1] ٠

وقد قضى تطبيقاً لذلك " أن طلب الزوجة مسكناً مستقلاً بعد أن لاح لها عدم انتظام الحياة الزوجية مع والدة الزوج أمر مشروع " ، وإن طلبت الزوجة أن تعيش بعيداً عن أهل زوجها فى شقة أخرى خلاف التى تسكن فيها معه بمنزل أهله فهو طلب مشروع لايحق للزوج رفضه ، ولا يعد هذا منها خروجاً عن الطاعة الواجبة عليها ، إذ من حقها أن تسكن مع زوجها فى منزل مستقل تأمن فيه على نفسها ٠

وقضى كذلك بأن الحكم المستأنف قد أصاب الحق حيث أقام قضاؤه برفض دعوى التطليق على أساس أن الزوج يريد إجبار الزوجة على السكنى مع والدته وأخيه وزوجة هذا الأخير وأن الزوجة قد أبت وطلبت أن يفرد لها داراً لأن وجودها معهم إيذاء لها إذ هم يعملون دائمين على الكيد لها وإلحاق الضرر بها ، ومنزلاً هذا حال ساكنيه والقاطنين به لايمكن أن تتوفر فيه أسباب الطمأنينة والهدوء ، وهو بهذا الوضع لايعتبر سكناً شرعياً تجد الزوجة فى ظلاله راحتها وأمنها ٠ على أن تمسك الزوجة بالسكنى فى مسكن مستقل عن أهل زوجها هو من حقها شرعاً ٠

إلا أنه استثناءاً مما سبق تقضى مجموعة الأقباط الأرثوذكس بأنه : إذا ثبت أن الشخص الملزم بالنفقة لايستطيع دفعها نقداً فللمجلس الملى (قضاء الأحوال الشخصية) أن يأمر بأن يسكن فى منزله من تجب نفقته عليه وأن يقدم له ما يحتاجه من طعام وكسوة ٠

وتستمر محكمة النقض فى حكمها بقولها أن هذا النص " يدل على أنه إذا لم يكن لدى الزوج القدرة المالية على إنشاء سكن مستقل فإنه يجوز لقضاء الأحوال الشخصية المختص إعفاؤه من ذلك عن طريق اسكانها مع من تجب عليه نفقته "

---

(١) طعن رقم ٣٠ سنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٤ ٠

ولايسقط حق الزوجة فى طلب المسكن المستقل ولو قبلت معاشرة أحداً من أهل الزوج قبل ذلك • " إن القول بأن الزوجين استطاعا وقتا ما أن يسكنا مع والدة الزوج على ما كان بينهما من احتكاك سابق ، لايغير من الوضع ولايعفى هذا الزوج من تهيئة مسكن مستقل مادام أنه قادر عليه ، إذ أن المعيشة مع والدته كان مرجعها التسامح المؤقت من جانب الزوجة ، هذا مالم يكن الزوج ملزماً بالإنفاق على والدته وكان لايستطيع دفع النفقة نقداً ورأت المحكمة أن تسكن معه وأن يقدم لها ما تحتاجه من طعام وكسوة بدلاً من النقود تطبيقاً للحكم السابق •

وقد قضى بأنه " إذا لم يدلل الزوج على أن والدته تجب عليه نفقتها، فإنه لامحل لإعمال الحكم السابق ، وتكون زوجته محقة إذا ما رفضت أن تسكن مع والدة الزوج ، ويكون حقها فى اقتضاء نفقتها من زوجها لازال قائماً " •

وليس للزوجة أن تسكن معها فى بيت زوجها أحداً من أهلها إلا برضائه • وهذا الحق يقابل حق المرأة السابق فى الإعتراض على سكنى أهل الزوج •

إلا أن القضاء يذهب مذهباً مغايراً بصدد استنباط التنازل عن هذا الحق بقوله " ان الزوج الذى اختار أن يترك أهل الزوجة معها فى المسكن بمنزل الزوجية ليس له أن يتبرم من ذلك ، لأن رضاءه يسقط حقه فى الإعتراض بعد لك " ، بينما رضاء المرأة على إقامة أهل الزوج لايسقط حقها فى الإعتراض فيما بعد ، فهذه تفرقة ليس لها سند أو تبرير بطبيعة الحال اللهم إلا إذا أخذنا فى الإعتبار السند الواقعى : أنه فى مكنة الزوج غالباً ــ بإعتباره رب الأسرة والمنفق عليها ــ أن يقرر قبول أحداً من أهل زوجته من عدمه ، أما العكس فهو ليس دائماً فى مكنة المرأة •

٤ - يجب أن يكون المنزل مأموناً غير موحش ، أى أن تأمن المرأة

نفسها أو تتأذى فيه من جيران السوء ، فإن الزوج يلـــتزم بتغيـــيره أو إزالة أسباب القلق والوحشة ، كأن يحضر لها خادمة أو امرأة تؤنسها ٠

٥ - يجب ألا يتعسف الزوج فى اختيار المسكن ، فمن حقـــه اختيـــار المنزل وتأثيثه ولكن بطريقة تتناسب مع مركزه ومايعين على تحقيـــق مقاصد الزوجية ، أما إن كان القصد من الإختيار أو التغيير هو مجـــرد مضايقة المرأة والكيد لها ، فإن ذلك لايعتد به ٠ كأن يســـتأجر الـــزوج منزلا لا حرصا على استئناف الحياة الزوجة وإنما لكى يتهرب من حكم النفقة ، يدل على ذلك أنه لايؤثثه ولايسكن فيه ٠

وقد قضى بأنه " لايجدى الزوج التحدث عن المسكن الذى اســتأجره وان الزوجة رفضت أن تقيم معه فيه عندما دعاها إلى ذلـــك بخطابـــه وبإنذار ، لا يجديه التحدث عن ذلك لأنه استأجر ذلك المسكن لا حرصا منه على استئناف الحياة الزوجية وإنما ليدرأ عن نفسه حكم النفقة ، ولا أدل على ذلك من أنه قد تركه خاليا ولم يسكن فيه ولم يهيئه بما يلزم من الأثاث الذى يجعله صالحا للإقامة فيه ٠ فمنزل هذا حالة لايعتبر ســـكنا شرعيا تجد الزوجة فى ظلاله راحتها ، ولايعتبر اعراض الزوجة عنـــه نشوذا ٠ إذ أن المشرع قد ألزم الزوج بأن يعد لزوجته مسكنا شـــرعيا بما يلزمه من الأثاث بقدر حالته ٠

(هــ) سبب النفقــة :

تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسهـــا اليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الديـن ، ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة[١] ٠

١ - فالنفقة تستحق من حين العقد الصحيح أى بمجرد قيـــام الرابطـــة

---

(١) المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ٠

الزوجية وتنتهى بانتهائها ، فطالما بقيت الزوجية بقى إلـــتزام الـــزوج بالإنفاق • ولابد لإنقضاء الإلتزام بالنفقة من فصم الرابطة الزوجية، فلا يكفى اشاعة الطعن فى سلوك الزوجة حتى يقطع الزوج نفقتها ، ويحكم بالنفقة حتى ولو طعن فى العقد بالبطلان طالما أنه لم يقض به بعـــد • ويمكن أن يقضى للزوجة كذلك بنفقة وقتية إلى حين الفصل فى دعـــوى الطلاق ، لأن دعوى النفقة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعـــوى التطليق •

فمن المقرر أن دعوى النفقة تختلف فى موضوعها وســـببها عـــن دعوى التطليق تبعاً لإختلاف المناط فى كل منهما ، فبينما تقوم الأولـــى على سند من احتباس الزوجة لزوجها أو استعدادها للإحتباس من أجلـــه فى منزل الزوجية حتى يستطيع استيفاء حقوق الزوجية كاملة متى شاء، بينما تقوم الثانية على إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو الإخـــلال بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً ، ومن ثم فإن الحكم الصادر فـــى دعـــوى النفقة لايمنع من دعوى التطليق وجواز نظرها(١) •

٢ - تستند النفقة إلى جانب العقد الصحيح إلى إحتساب الزوجة لزوجـــها أو استعدادها للإحتباس من أجله فى منزل الزوجية حتى يستطيع استيفاء حقوق الزوجية كاملة متى شاء •

أما إذا أخلت بإلتزاماتها كزوجة فلم تقـــم بواجبـــها فـــى الطاعـــة والإخلاص وحسن المعاشرة ، اعتبرت ناشزاً وسقط حقها فى النفقـــة ، كذلك الحال إذا لم تف بالإلتزام بالمعيشة المشـــتركة والمســـاكنة ومـــا يتفـــرع عنه كالمخالطة الجسدية ورعاية حقـــوق الزوجيـــة والأولاد • ويسقط حق الزوجة فى النفقة إذا امتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوجية أو السفر مع الزوج حيث يعيش •

---

(١) نقض ١٩/١٢/١٩٩٢ طعن ١٦٣ س ٥٩ •

ويتطلب القضاء إثبات النشوز بدليل مقنع ، فالنشوز كمبرر شرعى لسقوط نفقة الزوجة على زوجها جزاء فوات الإحتباس بسبب من جانبها، يجب أن يقوم الدليل المقنع بحصنوله بكافة مقوماته .. أما أن كانت أقوال الزوج للتدليل على نشوز زوجته لاتكفى للوصول إلى هذه النتيجة فلا تعتبر ناشزاً وتستحق النفقة ، وذلك لأنه لايكفى للبحث فى سقوط نفقة الزوجية التعويل على إدعاءات الزوج التى لم تحدد فى أى جانب كان الخطأ حتى فات عليه احتباس زوجته .

لاتستحق الزوجة النفقة إلا إذا قامت بواجبها تجاه زوجها بالطاعة والإخلاص ، أى الوفاء بالإلتزام بالمعيشة المشتركة والمساكنة وما يتفرع عنه كما بينا من قبل . أما أن خلت بهذا الإلتزام اعتبرت ناشزاً وسقط حقها فى النفقة . فقد قضى بأنه إذا كانت الزوجة هى المتسببة فى استحالة استمرار الحياة الزوجية يسقط حقها فى طلب النفقة .

دعت مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس إلى اسقاط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت زوجها بغير مسوغ شرعى ، وبتطبيق حكم القانون على ماثبت بين الزوج وبين زوجته يقتضى الحكم بسقوط حق نفقة الأخيرة ، ذلك أنها أخلت بالتزاماتها كزوجة فلم تسكن فى طاعته ثم رفضت أن تقيم معه فى مسكن واحد عندما دعاها إلى ذلك .(١)

متى كان الثابت من وقائع الدعوى أن المدعية لاتتحلى بما ينبغى أن تكون عليه الزوجة من حرص على حياتها الزوجية وعلى القرار فى مسكن زوجيتها ، ذلك أنه بإستقراء وقائع النزاع تبين أن الزوجة

---

(١)انتماء الطرفين لطائفة الأقباط الأرثوذكس. مقتضاه وجوب سكنى المرأة مع زوجها أينما سار. النفقة شمولها الطعام والكسوة والسكن وجوبها على الزوج مناطة العقد الصحيح بشرط الاحتباس أو الاستعداد له تحقيقاً لمقاصد الزواج ترك الزوجة لمنزل الزوجية أو امتناعها عن السفر معه إلى الجهة التى نقل إليها محل إقامته بغير مسوغ شرعى وبدون سبب. تفويت لحقه عليها فى الاحتباس أثره سقوط حقها فى النفقة. (الطعن رقم ٣٤ لسنة ٦٣ قضائية "أحوال شخصية" ـ جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥).

المدعية دأبت على ترك منزل الزوجية بكثرة غير مألوفة رغم وجود صغارها فيه وهى تفعل ذلك غير مكترثة بما يعانيه الصغار بسبب ذلك من حرمانهم من عناية الأم وعطفها فى السن التى يحتاجون فيها لخدمتها ثم ما ينغرس فى نفوسهم الغضة من آثار غائرة لمآسى القطيعة والخصام الزوجى بين والديهم ، وان دل هذا السلوك على شئ فهو يدل على نشوذها وعدم رعايتها حقوق الزوجية فضلاً عن تفريطها فى حقوق الأولاد بما يجافى فطرة الأمهات فمن أجل ذلك يتعين رفض دعواها بالنفقة.

متى كان الثابت من وقائع الدعوى أن الزوجة المدعية ترفض الاقامة مع زوجها فى محل عمله رغم ما تكبده من السكنى فى غير محل عمله من مصاريف تنوء بها موارده ، وبما أنه على الزوجة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه فى أى محل لائق يختاره لاقامتها .. وقد ثبت أن الزوجة تنكبت هذا الطريق وأهدرت التزاماتها الزوجية فيتعين رفض دعواها بالنفقة .

أما أن تركت الزوجة منزل الزوجية لمبرر معقول فإنها تتقاضى النفقة الواجبة لها على الزوج . والثابت من ظروف النزاع وملابساته أن الزوجة لم تخطئ وان الزوج هو الذى أخطأ بطرده زوجته من منزل الزوجية.

وفى حكم آخر تبين " أن الزوجة لم تخطئ وان الزوج هو الذى أخطأ بإعتدائه بالضرب عليها وبرفضه استئناف الحياة الزوجية واصراره على عدم إعداد مسكن شرعى للزوجة تأمن فيه على نفسها ، فإن حق الزوجة فى هذه الأحوال لايسقط فى تقاضى النفقة المستحقة لها.

وحكم بأنه " لاتثريب على الزوجة أن هى تركت منزل الزوجية لإقامة أخوات زوجها فيه حيث أن على الزوج أن يسكن زوجته فى

مسكن مستقل يتناسب مع حالتهما ، ولاتجبر الزوجة على إسكان أحد من أهل زوجها معها سوى أولاده من زوجة أخرى ، وعلى الزوج أداء نفقة زوجته فى هذه الحالة رغم تركها منزل الزوجية •

وتنص المادة الأولى من نفس القانون السابق على أنه لاتجب النفقة للزوجة إذا أرتدت ، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت الى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج (كالحبس أو الإعتقال) ، أو خرجت دون اذن زوجها •

(و) حالات لاتسقط فيها النفقة :

لاتسقط نفقة الزوجة حتى لو كانت موسرة أو مختلفة مع الزوج فى الدين أو مريضة أو خرجت من مسكن الزوجية دون اذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولايؤثر كذلك خروجها للعمل المشروع مالم يظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الإمتناع عنه[1] •

ونستعرض تلك الحالات التى لايسقط فيها حق الزوجة فى النفقة :

١ - لايؤثر يسار الزوجة فى استحقاقها للنفقة ، فالنفقة تجب لها بمجرد العقد الصحيح والإحتباس ، وتقدر حسب حال الزوج يسراً أو عسراً• ووجود مال للزوجة لايرفع نفقتها الزوجية عن كاهل الزوج •

٢ - لايسقط حق الزوجة فى النفقة إذا غادرت منزل الزوجية بسبب إخلال الزوج بإلتزاماته ، وذلك كطرده لزوجته أو إعتدائه بالضرب عليها أو عدم إعداد المسكن الشرعى المستقل لها •

٣ - الخروج دون اذن الزوج فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة•

---

(١) المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ •

ومن أمثلة الخروج بحكم الشرع : خروج المرأة لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضى لطلب حقها • ومثال ما يقضى به العرف : الخروج لقضاء الحوائج التى يقضى بها العرف كزيارة محرم مريض • والمراد بالعرف هنا هو العرف فى نطاق الشرع أما العرف الفاسد فلا يعتد به كاعتياد الناس شرب الخمر • ومن أمثلة الخروج للضرورة : إشراف المنزل على الإنهدام أو الحريق أو إعسار الزوج بنفقتها •

٤ – اختلاف الدين لايؤثر فى استحقاق الزوجة للنفقة ، فالكتابية المتزوجة من مسلم لها النفقة شأنها شأن الزوجة المسلمة تماماً • إلا أن الحق فى النفقة يسقط إذا كانت الزوجة مسلمة ثم ارتدت عن دين الإسلام •

٥ – أما عن مرض الزوجة فإن الأمر يختلف إن كان ذلك قبل الزفاف أم بعده • فقبل الزفاف إن كانت مريضة ولايمكنها الإنتقال الى بيته، فلا نفقة لها ، أما إن كان يمكنها الانتقال أو أبدت استعدادها لذلك فالنفقة واجبة • والراجح أن الزوجة المريضة تستحق النفقة إذا مرضت بعد الزفاف أو قبل الزفاف سواء انتقلت الى بيت الزوج أو أبدت استعدادها لذلك •

وقد نص القانون صراحة على أن مرض الزوجة لايمنع استحقاقها للنفقة بصفة عامة • وهذا ماجرى عليه القضاء بالفعل لأن نفقات العلاج تدخل ضمن النفقة التى يلتزم بها الرجل ، وعلى الزوج رعاية زوجته والحدب عليها فى السراء والضراء ، فى حالة الصحة وحالة المرض على السواء ولايقبل منه الإمتناع عن نفقتها بحجة مرضها • فمن أقوى الواجبات على الزوج المساهمة الكاملة فى علاج زوجته والانفاق على شئون مرضها منذ اصابتها جرياً وراء واجب المعونة والمساعدة المتبادلة التى يحتمها عقد الزواج الذى هدفه الأسمى التعاون على

عاديات الزمن ومجابهة الحياة ٠

٦ - لايعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها للعمل المشروع، مـــالم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة الحق أو منـــاف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الإمتناع عنه ٠

ولايستطيع الزوج الإعتراض إذا كان قد قبل عمل المرأة صراحـــة أو ضمناً ، كإشتراط ذلك فى عقد الزواج أو إذا تزوجها عالماً بعملـــها قبل الزواج أو إذا عملت بعد الزواج ولم يعترض الزوج ٠

إلا أن عمل المرأة الذى لايسقط حقها فى النفقة مشروط بشرطين:

الأول : ألا تسيئ استعمال حق الخروج للعمل ، كـــأن تتمـــادى فـــى الخروج وإهمال الحياة الزوجية والأسرية ٠

الثانى : ألا ينافى العمل مصلحة الأسرة ، كأن يكون نوع العمل فيـــه مساس بكرامة الأسرة وسمعتها أو يتعارض مع واجبـــات الزوجيـــة ، خاصة إذا لم يكن هناك حاجة إليه ٠

فهنا يحق للزوج أن يعترض على عمل المرأة ويعتـــبر إصرارهـــا عليه من قبيل النشوز الذى يسقط حقها فى النفقة ٠ وقاضى الموضـــوع هو الذى يقدر ما إذا كان خروج المرأة للعمل يعتبر مسوغاً شـــرعياً أم لا، ويقرر بالتالى مدى استحقاقها للنفقة من عدمه ٠ ويجب ألا يتعسـف الزوج فى الإعتراض على عمل الزوجة ، وبصفة خاصة إذا كان قـــد قبل فى البداية ، فلا يقبل منه بعد ذلك مطالبتها بالكف عن العمـــل دون إبداء المبرر المقنع لعدوله عن قبوله السابق ٠

الفرع الثانـى

ضمانات النفقـــة

(أ) مباشرة الإنفاق :

الأصل معيشة الزوجين معا فى مسكن واحد ، ومن ثم فإن الـــزوج يتولى بنفسه الإنفاق على الأسرة ويلبى احتياجات الزوجة ، فى حـــدود امكانياته ، من مآكل وملبس ومسكن وعلاج ٠ فإذا وفر الزوج لزوجتـه حاجتها من ذلك ، ليس لها أن تطلب نفقة لتستقل بها فى المعيشة ٠

أما فى حالة مماطلة الزوج فى الإنفاق أو تقتيره الزائد رغم حاجـــة الزوجة وإلتزامها بما تتطلبه الحياة الزوجية ، فإنه يكون لها أن تطـالب بتقرير نفقة لها لتتولى هى الإنفاق على نفسها ٠ فإن امتنع الزوج حكـم لها القاضى بذلك متى ثبت لديه تقصير الزوج فى الانفاق ٠ والمطالبــة بنفقة مستقلة غالبا ماتثور فى حالات تعيب الـــزوج أو تـــرك الزوجـــة للمنزل بسبب الزوج ، أو لمسوغ شرعى بحيث لاتعتبـــــر ناشـــزا ٠ ويحق للزوجة كذلك أن تأخذ حكما بالنفقة حتى مع وجودها مع الـــزوج إذا كان مجنونا أو معتوها ، للتولى هى الإنفاق على نفسها ٠

(ب) غياب الزوج :

إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكـــم عليه بالنفقة فى ماله وإن لم يكن له مال ظاهر اعـــذر اليـــه القـــاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يرسل ماتنفق منـــه زوجتـــه على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضــــى الأجل[١] ٠

فإذا كان بعيد الغيبة لايسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو

(١) المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصيةالمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ٠

كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليــه القــاضى وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

وغالبا مايتم فرض النفقة فى صورة مبلغ من النقود كل شهر يشــمل الطعام والمسكن والملبس ، ويجب على الزوج تعجيل النفقة ، أى دفعها مقدما ، لتتمكن الزوجة من تدبير معيشتها .

(ج) جزاء الإلتزام بالإنفاق :

وإذا أخل الزوج بإلتزامه بالإنفاق على زوجته ، كــان لــها هــى الآخرى الإمتناع عن تنفيذ إلتزامها بالمساكنة والطاعة ، دون أن تعتــبر ناشزا لأنها تستعمل حقا ويظل حقها فى النفقة قائما . ويكون من حقــها كذلك المطالبة بالتطليق .

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفـذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولــم يقــل أنــه معسر أوموسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القــاضى فــى الحال وأن أدعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا وأن أثبته أمهله مدة لاتزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك[١] .

والمطالبة بالتطليق لاتؤثر على حق الزوجة فى النفقة الــذى يظــل قائما فى ذمة زوجها مادام الطلاق لخطأه . ونظر القاضى دعوى النفقة لايمنعه من نظر دعوى التطليق ، لإختلاف كل مــن الدعويين عــن الأخرى من حيث السبب والموضوع . فاللزوجة فى جميع الحــالات أن تلجأ إلى المحكمة للحصول على حكم بالنفقة ، وتنفذه جبرا على أمــوال المدين ، طبقا للقواعد العامة .

وتجب النفقــة من تاريــخ امتناع الزوج عن أدائها ، أى أن الحكم

---

(١) المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

الصادر بها يكون كاشفاً وليس منشئاً • فالنفقة تعتبر ديناً على الزوج ولاتسقط إلا بالآداء أو الإبراء •

إذا استدانت الزوجة لتنفق لزم الدين الزوج ، سواء كان ذلك راجعاً إلى غيابه ، أو بسبب قيام شقاق بينهما وكان الرجل هو السبب فيه واضطرت المرأة أن تترك بيته • وإذا لم تجد من تستدين منه كان على من تجب عليه نفقتها فى حالة عدم زواجها (كالأب والأخ) أن ينفق عليها ، ويكون ما أنفقه ديناً فى ذمة الزوج •

ولكن لا تسمع دعوى الزوجة بالنفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى • وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة ومن النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لايقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية •

(د) تنفيذ دين النفقة

ونظراً لحيوية دين النفقة فقد خصه المشرع بضمانات وامتيازات معينة :

١ - تدخل القانون الجنائى لضمان تنفيذ هذا الدين ، إذ اعتبر الامتناع عن تنفيذ دين النفقة بعد الحكم به قضاء ، بمثابة جريمة هى جريمة هجر الأسرة •

وينص قانون العقوبات على أن " كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجة أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو سكن ، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة أشهر بعد التنبيه عليه بالدفع ، يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتتجاوز مائة جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين • ولاترفع الدعوى عليه إلا بناءاً على شكوى من صاحب الشأن • وإذا رفعت بعد الحكم

عليه دعوى ثانية عن هذه الجرية ، فتكون عقوبة الحبس مدة لاتزيد على سنة • وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن ، فلا تنفذ العقوبة " •

ومن الطبيعى أن مثل هذا النص القائم فى قانون العقوبات يطبق على كل المصريين مسلمين وغير مسلمين • ولكن التساؤل قد ثار حول مدى تطبيق الحكم الوارد بقانون الأحوال الشخصية.[1] والذى يقضى بتنفيذ حكم النفقة عن طريق الإلتجاء إلى الإكراه البدنى : " إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات •• يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى فى دائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ولايجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما • أما إذا أدى المحكوم عليه ماحكم به أو أحضر كفيلا ، فإنه يخلى سبيله ، وهذا لايمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الإعتيادية (التنفيذ على أموال المدين) •

الراجح فقها وقضاءا أن هذا الحكم يطبق على كافة أحكام النفقات سواء كانت صادرة بين مسلمين أو غير مسلمين لأنه يتضمن مسألة إجرائية من إجراءات تنفيذ الأحكام.، وتتخذ طابعا جنائيا ومن ثم فهى تسرى على كافة المصريين بغض النظر عن ديانتهم •

ولهذا ثار التساؤل حول تطبيق أى من النصين ــ عند الإمتناع عن تنفيذ دين النفقة ــ نص قانون العقوبات الذى يقرر عقوبة أشد ، أم نص لائحة المحاكم الشرعية الذى يقرر عقوبة الحبس مدة لاتزيد عن ثلاثين يوما •

---

(١)م٧٦ مكرر من القانون ١/٢٠٠٠ الذى حل محل المادة ٣٤٧ من لائحة من المحاكم الشرعية

قرر المشرع عدم السير فى إجراءات قانون العقوبـــات ، إلا بعـــد استنفاذ ماهو مقرر بالقانون، على أن مدة الحبس التى يقضيها الـــزوج طبقاً لهذه اللائحة تستنزل من العقوبة التى يقضى بها بعد ذلـــك طبقـــاً لقانون العقوبات[1] .

ولكن ينبغى فى جميع الحالات أن يكون المحكوم عليه قادراً علـــى الدفع ، فإذا ثبت للمحكمة عسر المدين ، فلا محل لأمره بـــأداة النفقـــة وبالتالى لايسوغ حبسه .

وينبغى كذلك أن يكون الحكم الصادر بالنفقة نهائياً ، فإذا كان الحكم المطلوب التنفيذ بمقتضاه قابلاً للإستئناف ، فلا يجوز التنفيـــذ بـــالحبس حتى يصبح الحكم نهائياً لأن الحبس يضر بمن يقع عليه ضرراً غـــير قابل للتعويض فلا يجوز توقيعه إلا إذا كان السبب الموجب له غير قابل للزوال. والإكراه البدنى للوفاء بدين النفقة ليس فقـــط قـــاصراً علـــى الشريعة الإسلامية ، بل تعرفه الشرائع الطائفية .

(هـــ) امتياز دين النفقة

يعتبر دين النفقة من الديون الممتازة ، فالمشرع يعطـــى للنفقـــة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه (بما فيهم الزوجة) عن الستة أشـــهر الأخيرة امتيازاً عاماً على جميع أموال المدين من منقـــول وعقـــار أى

---

(١)ولا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الإجـــراءات المنصـــوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد اســـتنفذ الإجـــراءات المشار إليها فى الفقرة الأولى.

وإذا نفذ بالإكراه البدنى على شخص وفقاً لحكم هذه المادة، ثم حكمت عليه بسبب الواقعـــة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكـــراه البدنـــى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيـــذ بمقـــدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه. م٧٦ مكرر مـــن القانون ١/٢٠٠٠ مضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ الجريدة الرسمية العدد ٢٠ تـــابع أ فى ٢٠٠٠/٥/١٨.

يكون للزوجة أولوية فى استيفاء دينها من أموال المدين بالتنفيذ عليها ، وذلك بالأفضلية عن بقية الدائنين •

٣ - إذا كان المدين بالنفقة من المستخدمين أو الإجراء أو الموظفين فإنه لايجوز الحجز على أجرة إلا فى حدود الربع • وعند التزاحم يخصص نصف المبلغ الجائز الحجز عليه (١/٨ الأجرة) للوفاء بدين النفقة والنصف الآخر لما عداها من الديون • وأن كان مطلوباً من الموظف دين للحكومة ودين نفقة كانت الأولوية للأخير •

ويلاحظ أنه استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما فى حكمها الزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين فى حدود النسب الأتية:

١- ٢٥% للزوجة أو المطلقة، وتكون ٤٠% فى حالة وجود أكثر من واحدة.
٢- ٢٥% للوالدين أو أيهما.
٣- ٣٥% للولدين أو أقل.
٤- ٤٠% للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما.
٥- ٥٠% للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما.

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة التى يجوز الحجز عليها على (٥٠%) تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم وفى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة، فنفقة الأولاد، فنفقة الوالدين، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى.(١)

---

(١) م ٦٧، ٧٧ من القانون ١/٢٠٠٠.

(و) تقادم دين النفقة:

تقضى القواعد العامة فى القانون المدنى بأن الحقوق الدورية المتجددة تسقط بالتقادم بمرور مدة خمس سنوات فى حالة عدم المطالبة بها ، إلا أن المشرع نص على أنه " لاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى " أى أن دين النفقة يسقط بمرور سنة وليس خمس سنوات وذلك رغبة من المشرع فى عدم إرهاق المدينين بالنفقة .

ونرى مع البعض تطبيق هذا الحكم على كل ديون النفقة أياً كانت شريعة المتقاضين لأن الأمر يتعلق بتطبيق الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة عند عدم وجود حكم بالشرائع الطائفية فى مسائل الأحوال الشخصية .

(ى) ضمانات دين النفقة

١- تدخل المشرع لينص على أن تنظر الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين على وجه الإستعجال ولطالب النفقة أن يستصدر أمراً من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له(١) .

على القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى اسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ(٢) .

---

(١) القانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ .

(٢) طبقاً للمادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

والنفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لكل حكم صادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين •

ولايترتب على أى اشكال مقدم من المحكوم عليه وقف اجراءات التنفيذ بالنسبة لأى من الديون المشار إليها • ومع ذلك لايجوز للمحضر أن يتم التنفيذ قبل عرض الأوراق على قاضى التنفيذ ليأمره بما يراه•(١)

٢- ينشأ نظام لتأمين الأسرة، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب، يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى. ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات.

٣- على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به لزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات.

٤- على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال العام وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من

---

(١) م٦٥، ٧٨ من القانون ٢٠٠٠/١. تعفى دعاوى النفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى م٢/٣ من القانون ٢٠٠٠/١.

جهات أخرى، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الإعلان أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة (٧٦) من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وإيداعها خزانه البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى إجراء أخر.

٥- إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم به خزانه بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء.

٦- لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها.

٧- مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون أخر يعاقب بالحبس الذى لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك. وتكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين، لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع إلزامه بردها.(١)

---

(١) م٧١: ٧٥، ٧٩ من القانون ١/٢٠٠٠.

المطلب الثانى
نفقــة الأقـــــارب

ترتب صلة القربى فى القانون آثار قانونية عـــدة ، منـــها إلـــتزام الأقارب ــ من درجة معينة ــ بالتعاضد بينهم فيما يتعلق بالإنفـــاق • فالموسر منهم يلتزم بمساعدة أو بالإنفاق على القريب المحتاج •

وتلك النفقة تختلف عن نفقة الزوجية التى تعرضنا لها ، إذ هى نفقة بين الأصول والفروع والحواشى من درجة معينة • ولدراسة تلك النفقة نعرض للأقارب الذين تجب بينهم ، قبل أن نتناول شروطها وأحكامها •

الفرع الأول

الأقارب الذين تجب بينهم النفقــة

(أ) نفقة الأصول والفروع :

تجمع الشرائع على وجوب النفقة للأبناء على الأباء • وللاباء علـى الأبناء ، إذا ما توافرت شروطها •

أولاً : بالنسبة للأباء ، يلتزم الأب بالإنفاق علـــى أولاده ن ويختلــف الأمر أن كان الولد ذكر أم أنثى ••

فالابن أن لم يكن له مال يستحق النفقة إلى أن يصبح قـــادراً علـــى الكسب بنفسه • ويلتزم الأب بالإنفاق على ابنه الكبير الفقـــير إذا كـــان لايستطيع الكسب أو لايكسب بما يفى حاجته بسبب لايرجـــع إليـــه ، أو كان هناك مايمنع تكسبه كعدم وجـــود العمـــل أو بســـبب المـــرض أو التعليـــم•

أما **البنت** فتستحق النفقة إلى أن تتزوج ، وتستأنف النفقة إذا انحلـت الرابطة الزوجية• أما أن كان لها مال أو كانت تكتسب من عملها فـــإن

الأب لا يلتزم بالإنفاق عليها ، إلا فى حدود تكملة نفقاتها إن كان دخلها لايكفى • والبنت الفقيرة تستحق النفقة ولو كانت كبيرة وقادرة على العمل ، طالما أنها لاتعمل ، عكس الولد الذى يعتد بمدى قدرته على الكسب وأن لم يعمل ، أما البنت فهى غير ملزمة بالعمل •

ونفس الحكم بالنسبة للمسلمين ، فمن المقرر أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه • وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب مايكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولإستعداده ، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه •

ويلتزم الاب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم • وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم[١] •

والنفقة السابقة تجب على الأب ، فإن كان معسرا وجبت على الأم الموسرة والا على الجد أو الجدة لأب ثم الجد أو الجدة لأم ، وإلا فبقية الأقارب كما سنرى •

وقد حكم بأن النفقة تجب على الأب وحده طالما كان قادرا على الكسب ولاتلزم الأم بمشاركته فى الانفاق حتى ولو كانت تعمل ولها مرتب يزيد على حاجتها ، وكذلك الجد لأم ملزم بالنفقة قبل العم إلا إذا كان معسرا •

ثانيا : بالنسبة للأبناء : تجب عليهم النفقة لأصولهم الآباء والامهات والأجداد المحتاجون ، حتى ولو كانوا قادرين على الكسب • إذ لايكلف الآباء بالعمل تكريما لهم • لذا حكم بوجوب نفقة الوالد على أبنه لأن الولد وماله ملك له • ومناطها ثبوت إعساره وفقره • إذ لاينبغى أن

---

(١) م ١٨ مكرر ثانيا من القانون ١٠٠/١٩٨٥ •

يطالب الولد والده بالعمل • وحكم بأن الأم الفقيرة تستحق نفقة على أولادها ولو كانت قادرة على الكسب ومقيمة مع زوجها الفقير •

وعند تعدد الفروع الذين يلتزمون بالنفقة ، وزعت عليهم بالتساوى إذا اتحدت درجة يسارهم وإلا فبنسبة يسار كل منهم • هذا متى كانوا من درجة واحدة كالأبناء مثلا • أما أن تعددت درجاتهم كالابن وابن الابن • كانت النفقة على الاقرب فالأقرب ، فإن كان من تجب عليه معسرا أكملها من يليه أو حل محله كلية على حسب درجة يساره بالنسبة للأول •

وعند تعدد الأصول الذين تجب لهم النفقة كانت الأولوية للأقرب فالأقرب ، وعند التساوى قسمت النفقة بينهم بحسب حاجة كل منهم •

(ب) النفقة بين بقية الأقارب :

تجب النفقة أولا بين الأصول والفروع ، وإلا انتقلت إلى الأقارب الآخرين فهى توجد أولا بين الأقارب قرابة مباشرة وإلا إنتقلت الى أقارب الحواشى فإن لم يكن يستحق النفقة أصل أو فرع موسر أنتقل الإلتزام بالنفقة إلى أقربائه التاليين[١] ، ولكن من هم ؟

يجدر الإشارة إلى أن القرابة المقصودة هى القرابة الطبيعية وليست قرابة المصاهرة أو القرابة الروحية • فقد رفض القضاء دعوى الأرملة لإلزام شقيق زوجها بالنفقة إستنادا إلى أن القانون المدنى يعتبر

(١) إذا كانت علة وجوب النفقة بالقرابة هى سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه ، وكان السبب فيها هى قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث ، فإن موضوع النسب يكون قائما فى الدعوى لطلب نفقة القريب بإعتباره سبب الإلتزام بها لاتتجه إلى المدعى عليه إلا به ، فيكون ماثلا فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما ، لما كان ذلك وكان حكم النفقة الذى استصدرته والدة المطعون عليه لصالحه فى الدعوى صدر ضد والد المورث تأسيسا على أنه عم شقيق المطعون عليه فلا على الحكم المطعون فيه أن هو استدل مما أشتمل عليه الحكم فى النفقة من قضاء على ثبوت صلة قرابة المطعون عليه من المورث وأنه ابن عم شقيق له بإعتبارها سبب الإلتزام بالنفقة • طعن رقم ٢٩ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٧ •

أقارب الزوج أقارب للزوجة فى نفس الدرجة ، ومن ثم فهو أخوها • ولكن المحكمة قررت أن هذه القرابة اعتبارية ، إلا أن المحكمة قررت نفقة لأولاد الزوجة على عمهم •

وتختلف الشرائع فى تحديد الأقارب من الحواشى •

فعند الأقباط الأرثوذكس يبدأ بالأخوة والأخوات الأشقاء ثم الأخوة والأخوات لأب ، ثم الأعمام والعمات ، ثم الأخوال والخالات ، ثم أبناء الأعمام والعمات ن ثم أبناء الأخوال والخالات •

وعند الكاثوليك ، فالنص على أن " الأخوة والأخوات ملزمون بمساعدة بعضهم بعضا بما هو ضرورى لقيام حياتهم ، ليس فى حال الضرورة القصوى فقط ، بل وفى حالة الضرورة القوية أيضا "•

وإن كانت الشرائع الطائفية تجمع على النفقة بين الأصول والفروع، إلا أنها تختلف فى عرضها للأقارب من الحواشى الذين تجب عليهم النفقة كما نرى ، فالكثير من تلك الشرائع لايعرف هذا النوع من النفقة ، أما عن الشرائع التى تعرفه ، والتى أوردناها أعلاه ، فما يرد فيها يكون على سبيل الحصر ولا قياس عليه •

الفرع الثانى

شروط استحقاق نفقة الأقارب

كقاعدة عامة فإن النفقة لاتجب إلا بقدر حاجة من يطلبها ويسار من يلتزم بأدائها ، ومن ثم يلزم لإستحقاق النفقة توافر شرطين :

١ - حاجة طالب النفقة ، وعجزه عن التكسب • فإذا كان لديه ما يكفيه ليسد به حاجته من مآكل وملبس ومسكن لايقضى له بها • ويجب أن يكون سبب حاجته هو فقره وعدم قدرته على الكسب لعجزه أو لطلبه

العلم •ويلاحظ أنه بالنسبة للأصول والبنات ، تجب لهم النفقة إذا كانوا محتاجين ولو كانوا قادرين على الكسب •

٢ - يجب أن يكون الملتزم بالنفقة موسرا • أى قادرا على الإنفاق على نفسه وكذلك على من تجب عليه نفقتهم ، أى يكون لديه قدر من الزيادة عن حاجته •

والشرطان السابقان يعدان من الأمور النسبية التى يقدرها بطبيعة الحال قاضى الموضوع فى كل قضية على حدة •

فقد حكم بأنه إذا رأت المحكمة أن كسب العم ليس فيه فضل عن نفقته ونفقة زوجته وأولاده للإنفاق منه على ولدى أخيه فلا تلزمه بالنفقه•

وحكم بأنه " يشترط فى ايجاب النفقة على القريب أن يكون موسرا فلو كان معسرا فلا تجب عليه ، ولايعتبر الشخص موسرا إلا إذا ثبت أن عنده فضل عن نفقة نفسه وعياله ، بحسب استعداده للكسب • كما يشترط فى طالب النفقة أن يكون معسرا ذا حاجة إليها بأن كان مريضا مرضا مزمنا أو بشلل أو بعمى أو كان من طلبة العلم ولايمكنه التكسب، أما أن لم تكن به عاهة تمنعه من الكسب فلا يعتبر محتاجا ، ومن ثم فلا يكون محقا فى طلب النفقة •

وحكم كذلك بأنه " حيث أنه من المقرر أن النفقة هى كل مايلزم للقيام بأود الشخص من طعام وكسوة وسكن • ويشترط لوجوب نفقة القريب على قريبة أربعة شروط : أولا : احتياج القريب الذى يطالب بالنفقة ، فإذا كان لديه مايستطيع أن يسد به عن نفسه غائلة الهلاك الذى هو سبب النفقة لم تجب على قريبة • ثانيا : أن يثبت عجز طالب النفقة عن الكسب • ثالثا : يسار المطلوب منه النفقة •رابعا : إتحاد الدين " •

ويترجم هذا القضاء الشرطان السابقان اللازمان لإستحقاق النفقة إلا

أنه يضيف شرطا آخر هو إتحاد الدين ٠وهذا الشرط لاجدوى منـــه لأن اختلاف الدين بين طالب النفقة والملتزم بها سيترتب عليه تطبيق أحكـــام الشريعة الإسلامية على النزاع المعروض ٠

وشروط استحقاق النفقة فى الشريعة الإسلامية لاتخرج عن الشروط سالفة الذكر ، ولايشترط اتحاد الدين لإستحقاق النفقـــة بيـــن الأصـــول والفروع ٠ فالأب غير المسلم تجب له النفقة على ابنه المسلم مثلا وذلك عملا بقوله تعالى ﴿ **وإن جاهداك على أن تشرك بى ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا** ﴾ ٠

أما بالنسبة للأقارب ــ غير الأصول والفروع ــ فيلزم اتحاد الديـــن لأن المناط فى وجوب النفقة بين الأقارب هو التوارث ٠٠ ولاتـــوارث مع إختلاف الدين ٠

الفرع الثالث

أحكام نفقة الأقـــارب

يقدر القاضى النفقة مستهديا بالمعيار العام المجمع عليه فـــى هـــذا الصدد ألا وهو مدى حاجة من يطلبها ويسار من يلتزم بها ٠ ومن ثـــم يؤخذ فى الإعتبار المركز المالى والحالة الإجتماعية للأطراف ٠ وتقدر النفقة لمواجهة الحاجات الأساسية من مأكل وملبس وكســـوة وعـــلاج وتعليم ٠

وقد حكم بأنه " ولما كان المناط فى نفقة الأقارب هو قدر الكفايـــة بحسب حاجة المطلوب له النفقة مع يسر المفروض عليه ، وذلك بقـــدر ما تدفع به الحاجة ٠ فإن كان المطلـــوب لـــه النفقـــة مريضـــا فعلـــى المفروض عليه علاجه ، وإن كان طالب علم رشيد فعليه إتمام تعليمه ، لأن ذلك من تمام الكفاية " ٠

الحكم الصادر بالنفقة هو بطبيعة الحال مؤقت ، يحوز حجية مؤقتة لأنه مما يقبل التغيير والتبديل ، وترد عليه الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغير دواعيـــه ، إلا أن هـــذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير •

فيمكن الحكم بإسقاط النفقة أو تعديلها بحسب تغير المركز المـــالى لأطرافها •وقد حكم تطبيقا لذلك بأنه إذا أحيل من تجب عليه النفقة على المعاش وكان معاشه لايكفى أداء النفقة المفروضة عليه لأخته فتســـقط عنه من تاريخ الحكم • وإذا كانت البنت قد دخلت المدرســـة ومضـــت سنتان على حكم النفقة السابق زاد فيها مرتب والدها بالعلاوة الســنوية ، فتزيد النفقة من تاريخ الحكم • ومجرد كبر الطفل أو دخوله المدرســـة ومضى مدة على حكم النفقة السابق تزيد معه النفقة ولو لم يزد الدخـــل طالما كان هذا الدخل كافيا لأداء الزيادة • وإذا التحقت الأخت بعمـــل تقدر من كسبه على الإنفاق على نفسها وعلى أخواتها فتكلف بالإنفـــاق عليهم دون العم الذى تسقط عنه النفقة من تاريخ الحكم •

– **تثبت النفقة من وقت الحكم بها** ، فالحكم الصادر بالنفقة منشـــئ وليس كاشف ومن ثم لاتستحق النفقة إلا من تاريخ صدوره • لأن النفقة تفرض للحاجة ، وقد اندفعت تلك الحاجة بمضى المدة الســـابقة علـــى صدور الحكم •

– الأصل أن **تدفع النفقة نقدا** ، وأن ثبت عدم مقدرة الملتزم علـــى ذلك كان للمحكمة أن تأمر بأن يسكن معه طالب النفقة وأن يقدم له مـــا يحتاجه من طعام وكسوة •

وتقدر النفقة على **فترات دورية** ، إذ تدفع غالبا شهرا فشهرا علـــى الأقل ، وثلاثة أشهر على الأكثر حسب ميسرة المفروض عليه ودواعى المفروض له •

- **يسقط الإلتزام بالنفقة بين الأقارب فى عدة حالات :**

١ - وفاة طالب النفقة أو الملتزم بها ، ولا تنتقل إلـــى الورثـــة إلا إذا صدر بها حكم جديد ينشئها لهم أو عليهم .

٢ - إذا تغيرت دواعيها أى الظروف المالية للطرفين ، بـــأن أصبـــح الملتزم بها معسرا أو أصبح طالبها موسرا .

٣ - تسقط النفقة المحكوم بها إذا لم يطالب بها مستحقها ولـــم يقبضـــها بسبب عدم مطالبته بها ، لأنه يفترض عدم حاجته لها ، وهى مقـــررة لسد هذه الحاجة .

إلا أنه يمكن المطالبة بالنفقة التى تقبض فى حالتين : **الأولـى** : إذا إستدان طالب النفقة بالنفقة المذكورة بأمر المنفق أو بـــإذن القـــاضى . **الثانية** : حالة نفقة الصغير على أبيه .

قرر القانون عدة ضمانات لكفالة دين النفقة كالعقوبة الجنائية هـــذا بالإضافة إلى الإمتياز العام المقرر لها والأولويات عند الحجـــز علـــى الأجور والمرتبات شأن النفقة الزوجية .

الأحكام السابقة فى مجموعها تقترب كثيرا من الأحكـــام الـــواردة بالشريعة الإسلامية ، لذا فهى تطبق على الشرائع الطائفية التى لم تورد تفصيلا لهذه المسائل .

المبحث الثالث

المساكنة والسلطة الزوجية

نعرض ، فى البداية ، لمضمون الإلتزام ، ثم نبين جزاء مخالفته ٠

المطلب الأول

مضمون الإلتزام بالمساكنة والطاعة

(أ) المساكنـــة :

تتحقق المساكنة بين الزوجين بالإشتراك فى معيشة واحـــدة تحـت سقف واحد ومايتفرع عن ذلك من المعاشـــرة بـــالمعروف والمخالطـــة الجسدية بينهما ، والمساكنة أو المعيشة المشتركة تعتبر النتيجة الطبيعية المباشرة للزواج وليست فى حاجة إلى نصوص للنص عليها ٠

فالإلتزام بالمساكنة يقع على عاتق كل من الزوجين ما لم يقم هنـــاك عذر مقبول كالمرض أو التجنيد ٠ ويتولد عن هذا الإلتزام إلتزام آخـــر بالمخالطة الجسدية ، أى ينبغى أن يمكن كل من الزوجين الآخـــر مـــن جسده على الوجه الطبيعي والمألوف بين الأزواج ، مالم يكـــن هنـــاك مبرر كالمرض النفسى أو الجسمانى ٠

(ب) السلطة الزوجية :

تجمع الشرائع الطائفية على أنه يجب على المرأة أن تطيع زوجـــها وتسلم له رئاسة الأسرة ٠ إذ تنص شريعة الأقباط الأرثوذكس على أنه " يجب على المرأة أن تطيع زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجية " ٠ وتقضى شريعة الأقباط الكاثوليك بأن " الرجل رأس المرأة فعليه حمايتها وعليها طاعته لاسيما فى كل ماله علاقة بإدارة المنزل ويجب عليـــها أن تتجه حيث يقيم ولايجوز لها معارضته إذا أراد تغيير محل اقامته ٠

وتذهب الشريعة الإسلامية فى نفس الإتجاه حيث جاء فـــى القـــران الكريم أن ﴿ **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله به بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم** ﴾ ، ﴿ **لهن مثل الذين عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة** ﴾ ٠

وقوامة الرجل تأخذ معنى الرعاية والإشراف والولاية من الزواج ، وما يلزم لرعاية الأولاد وتربيتهم وتوجيههم ، فهى مســئولية وتكليـف لأنه يلتزم بتوفير الإستقرار والنفقات للمنزل وأفراد الأسرة ٠

إلا أنه لاينبغى فهم السلطة الزوجية على أنها تقرر عبودية المــرأة للرجل وخضوعها له ، بل هى تفرض الطاعة فى الحدود الشــرعية أى فى نطاق ماهو مرسوم بينهما من حقوق وواجبات ، ومن ثـم فرئاسـة الرجل للأسرة هى من قبيل العبء الملقى على عاتقه نظـير إلتزامـه بالإنفاق ٠

وطاعة الزوجة هى الطاعة فى المعروف أى فى نطاق ماشرع الله، ولاتتضمن معنى التسلط أو الإستبداد بل الشورى القائمة علـى المـودة والمحبة وتبادل الآراء ٠

فإذا خالفت الزوجة الزوج فيما يأمرها به من حقوق شرعية ، كـان عليه قبل أن يحاسبها أن يبدأ بنفسه ناظرا عما إذا كان قد أوفى ماعليـه من إلتزامات شرعية قبلها أم لا ، فإن كان عصيانها لا مبرر لـه بـدأ معها بالوعظ والإرشاد والتفاهم بالود ، وإلا فليهجرها فـى المضجـع ولايكلمها ٠ وإذا لم يجد كل ذلك كان له أن يضربها ضربا غير مـبرح لا يترك أثرا ماديا ولا يكون على الوجه ٠

(ج) قرار الزوجة فى المنزل :

الأصل أن الإلتزام بالمساكنة يولد إلتزاما على عاتق الزوجة بالقرار

فى منزل الزوجية ، طالما توافرت فيـــه شـــرائط المســـكن الشـــرعى واستوفت حقوقها الزوجية • فهى لاتخرج بغير اذنه ورضاه أو بغـــير مبرر شرعى •

وقد رأينا أن القانون أباح للزوجة الخروج دون إذن الزوج بحكـــم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضـــرورة أو العمل بشروط معينة • وسبق أن أوضحنا ذلك فى حالات عدم ســـقوط النفقة • أما غير ذلك فلا يباح لها الخـــروج بســـببه ، وإلا اعتـــبرت ناشـــزاً •

(د) حق الزوجة فى السفر

لم يكن للزوجة الحق فى السفر إلى خارج أرض الوطـــن دون إذن الزوج، وكانت وزارة الداخلية ترفض استخراج جواز السفر لـــها دون هذا الأذن. قضى بعدم دستورية ذلك الرفض مـــن جهـــة، وجـــاء المشرع ليقرر الحق فى السفر من جهة أخرى، وعلى الزوج المتضرر من سفر زوجته اللجوء إلى القضاء المستعجل لاستصدار أمر بالمنع.

وقد جاء الحكم عاماً بحيث يشمل كل من الزوجيـــن، فللزوجـــة أيضاً أن تعترض على سفر الزوج إذا أثبتت أن ذلـــك يتعـــارض مـــع مصلحة الأسرة ويصدر قاضى الأمور الوقتية أمره بالتصريح بالسفر أو المنع منه حسب الأوراق والظروف التى تعرض عليه وبعد سماع أقوال ذوى الشأن، وأن يبين الأسباب التى أستند إليها فى إصدار أمره.[1]

(هـ) القيام بشئون المنزل :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى ذلك الأمر ، فذهب البعض إلـــى القول بأنه ليس على المرأة أن تقوم بالخدمة والعمل فى بيت الزوجيـــة ، لأن عقد النكاح للعشرة الزوجية وليس عقد استخدام وعمل • ولاتلـــتزم

---

[1] المادة الأولى فقرة ٥ من القانون ١/٢٠٠٠.

بخدمة زوجها فى شيئ أصلاً ، لا فى عجن ولا طبخ ولا كنس ولا غزل ولانسج ، ولاغير ذلك أصلاً ، ولو أنها فعلت لكان أفضل لها • وعلى الزوج أن يأتيها بكسوتها مخيطة تامة وبالطعام مطبوخاً تاماً •

وذهب رأى آخر إلى القول بأن على المرأة أن تخدم زوجها فى كل شئ فى البيت •

ويذهب رأى وسط إلى القول بان على الزوج نفقة الزوجة وإخدامها إن كانت ممن يخدم ، فإن لم تكن كذلك فعليها الخدمة فى الأمور التى جرت بها عادة الناس مثل الطبخ أو الغسل ، لكن لايلزمها الطحن والنسج أو الزرع ونحوها من كل ماهو حرفة للإكتساب عادة •

وإذا كان الزوج موسراً ، وزوجته ممن يخدمون تجب عليه أجرة خادم لها ، وهذا بإتفاق الفقهاء لأنه يكون من نفقتها ، إذ الخادم لازم لها فى هذه الحال ، وهو قادر على أجرته • ولاتفرض أجرة خادمين عند أبى حنيفة ومحمد لأن خادماً واحداً يسد الحاجة والخادمان ترف غير واجب • وقال أبو يوسف وكثير من الفقهاء تجب أجرة خادمين إذا كان الزوج قادر ، وكان مثلها يخدم بخادمين وإذا كان الزوج معسراً لاتجب نفقة خادم أصلاً ، لأن الواجب فى هذه الحالة نفقة الضرورة والخادم ليس ضرورياً " •

ولاشك أن الأمور قد تطورت فى العصر الحديث حيث تشعبت الحياة وزادت كلفة وخرجت المرأة الى العمل مما يجعل من العسير وضع معيار جامد فى هذا الصدد بل يترك الأمر للظروف الخاصة بكل أسرة ويهتدى بالعرف السائد والمركز الإجتماعى والاقتصادى للزوجين•

إلا أن الفيصل فى كل ذلك هو ضرورة التعاون وحسن المعاشرة بين الزوجين ، لذا تجرى المحاكم على ضرورة مساهمة كل من

الزوجين فى الحياة ، كل بحسب إمكانياته ، كالمشاركة فى أعمال المهنة أو الحرفة والقيام بشئون المنزل وتربية الأولاد ، ولاتستطيع الزوجة أن تطالب الزوج بأجر مقابل الأعمال التى تقوم بها لخدمته ورعايته والقيام بشئون المنزل أو مساعدته فى مهنته ٠

المطلب الثانى
جزاء الإخلال بالإلتزام بالمساكنة ٠مشكلة الطاعة٠

الإلتزام بالمساكنة أو المعيشة المشتركة إلتزام تبادلى يقع على عـاتق الزوجين ، ومن ثم فالإخلال به قد يكون من جانب الزوج ، وقد يكـون من جانب الزوجة ، ونواجه كل من الفرضين على حده ٠

(أ) إخلال الزوج بإلتزام المساكنة :

يعتبر الزواج قد أخل بالتزامه بالمساكنة فى عدة صور : امتناعـه عن عدم إعداد مسكن الزوجية ، إعداده لهذا المسـكن بطريقـة غـير مناسبة لاتتفق مع الشروط الشرعية ، اختياره للمسكن بطريقة تعسفية ، عدم معاملة زوجته بالمعروف ، عجز زوجته فى الفراش ٠

ماذا يمكن للمرأة أن تفعل فى مثل تلك الحالات ؟

القاعدة إنه إذا أخل الرجل بالتزامه بالمعيشة المشتركة أو مـايتفرع عنه من التزامات ، فلا يمكن اجباره على تنفيذه لأن هذا الإلتزام لايقبل التنفيذ العينى ، إذ لايتصور إلزامه بتنفيذ هذه الواجبات بصورة مباشرة كقهره على دخول منزل الزوجية ٠ إلا أنه من المتصور الإلتجاء إلـى الوسائل غير المباشرة كالغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ التزاماتـه ٠ ولكن تنشأ للزوجة عدة حقوق نتيجة إخلال الزوج بالتزاماته فـى هـذا الصدد هى :

١ - الدفع بعدم التنفيذ ، إذ من حقها أن تدفع بعدم تنفيذ التزاماتها هـى

الأخرى دون أن تعتبر ناشذاً ، فإذا كان مسكن الزوجية غير شرعى ، كأن يمثل أخطاراً مادية أو معنوية للزوجة أو الأولاد كان لها هجر المسكن ولو كان مصدر الخطر الزوج نفسه كمعاملته السيئة أو مرضه المعدى ٠

٢ – للمرأة أن تلجأ إلى القضاء لطلب نفقة من الزوج تمكنها من السكن والمعيشة هى وأولادها إن كان لها أولاد ٠

٣ – للزوجة كذلك أن تطلب الحكم بالتعويض إن شكل اخلال الزوج بإلتزامه خطأ طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية المدنية ٠ وذلك كمعاملته السيئة لها على نحو يؤذى مشاعرها ويكبدها اضراراً مادية٠ وكان يرفض استقبالها بمنزل الزوجية ٠

٤ – للزوجة أخيراً أن تطلب التطليق أو الإنفصال حسب الظروف ، وفقاً لتوافر الشروط كما سنرى فيما بعد ٠

(ب) اخلال الزوجة بالتزام المساكنة :

البدء بنظر مدى تنفيذ الزوج لالتزاماته: حتى تعتبر الزوجة مخلة بالتزامها بالمساكنة أى تعتبر " ناشزاً " ينبغى أن يكون الزوج قد قام أولاً بتنفيذ هذا الالتزام وما يتفرع عنه من إلتزامات ٠ فالزوجة تسكن مع زوجها وتلتزم بطاعته إذا كان قد أعد لها المسكن الشرعى وانفق عليها، وعاملها بالمعروف ، وإلا اعتبرت ناشزاً إن تركت منزل الزوجية دون مبرر مقبول ٠ وتجمع أحكام القضاء على ذلك :

" إذ هيأ الزوج لزوجته منزلاً تقيم معه وحدها مستوفياً للشروط المنزلية فى وسط معتدل من السكان وكان المسكن مناسباً شرعاً فلا حق لها فى المطالبة بالعدول عن حكم الطاعة " ٠

" إذا ثبت أن الزوج لايقيم بمفرده وليس له منزل خاص مستوفياً لكافة لوازمه بل يقيم مع والدته فإنه يحق للزوجة أن تطالب بعدم

الدخول فى طاعته " ٠

" إذا كانت أسباب الخلاف ترجع إلى الزوجة وظهر تعنتها ورفضها الصلح وان الزوج يسعى لإرضائها وقيام المعاشرة المسيحية بينهما فى حين تختلق هى أسباباً للنفور وجبت عليها الطاعة "٠

" أن القول بالطاعة على اطلاقه خاطئ والقول بعدم الطاعة على اطلاقه خاطئ هو أيضاً ، وإنما يجب تحرى الأمر على ضوء الظروف لمعرفة ما إذا كانت الزوجة قد أخطأت أم لم تخطئ فيحكم فى الحالة الأولى بالطاعة دون الثانية " ٠

" إن الزوجة فى حل من عدم تنفيذ إلتزامها بطاعة زوجها طالما أنه لم ينفذ من جانبه الإلتزام القائم فى حقه بالنسبة لها بوجوب الإنفاق عليها" ٠

" الثابت من الأوراق أن المدعى هو الذى هجر زوجته وأنه بذلك لايصح أن يستفيد من خلافات هى من صنع يديه ، وإذا سلم جدلاً ـ وهو مالم يحدث ـ أن زوجته هى التى هجرته طوال مدة الثلاث سنوات فإن من حقه عليها أن يطلبها فى طاعته وطريق ذلك مرسوم ومعروف قانوناً وهو مالم يسلكه المدعى "٠

" إذا هجرت منزل الزوجية بسبب إعتداء أبناء زوجها عليها بالضرب فلا تثريب عليها أن طلبت اقامتها فى سكن مستقل تلافياً للنزاع بينها وبينهم ٠ وعدم استجابة الزوج لهذه الرغبة دليل على عدم أمانته على زوجته ، الأمر الذى ترى معه المحكمة أن ترك المدعية لمنزل الزوجية له مايبرره ، ويكون دفع الزوج بسقوط حقها فى النفقة على غير أساس من القانون سليم يستوجب الرفض "٠

خروج الزوجة عن الطاعة : إن خروج الزوجة عن طاعة الزوج أى اخلالها بإلتزامها بالمساكنة أو المعيشة المشتركة يرتب جزاءاً أولياً

هو عدم استحقاقها للنفقة ، أى يسقط الالتزام الآخر المقابل لإلتزامها ألا وهو إلتزام زوجها بالإنفاق عليها •

وتنص على هذا المعنى شريعة الأقباط : " يسقط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت زوجها بغير مسوغ شرعى أو أبت السفر معه إلى الجهة التى نقل اليها محل اقامته بدون سبب معقول"[1]• وتقضى شريعة الأرمن بإعفاء الزوج من الإلتزام بالنفقة " إذ غادرت الزوجة منزل الزوجية بغير إذنه " •

---

(١) المادة ٤٧ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ــ تعتبر الزوجة ناشز ويسقط حقها فى النفقة بما فيها حق السكنى إلى أن تعود لطاعة زوجها بالمسكن الذى أعده لها بشبين الكوم حيث نقل للعمل من بور سعيد •

وحيث أن الطرفين ينتميان لطائفة الأقباط الأرثوذكس ، وكان النص فى المادة ٤٧ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الواجبة التطبيق على أنه (يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه فى أى محل لائق ويختاره لإقامته••) والنص فى المادة٤٧١من تلك اللائحة على أنه (يسقط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت منزل زوجها بغير مسوغ شرعى أو أبت السفر معه إلى الجهة التى نقل اليها محل إقامته بدون سبب مقبول) وكانت النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكن عملاً بالمادة ١٤٠ من اللائحة المذكورة ، والسبب فى وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو العقد الصحيح بشرط الإحتباس أو الإستعداد له تحقيقاً لمقاصد الزواج ، فإذا فوتت عليه حقه فى الإحتباس فلا تجب لها النفقة عليه ، وعلى هذا فليس لها أن تمتنع عن مساكنته بغير حق فى المسكن الذى يعده لها متى توافرت فيه شروطه الشرعية ، لأن أساس الحياة الزوجية أن تعيش الزوجة مع زوجها حيث يقيم ، لما له عليها من حق الطاعة استيفاء لحقوقه المقررة بمقتضى عقد الزواج ومفاد نص المادة ٤٧ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس أن الرجل هو الذى يختار مسكن الزوجية وفقاً لظروفه بإعتباره رب الأسرة ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أنه قضى بنشوز المطعون ضدها بمقتضى حكم نهائى فى الإستئناف ، رقم (١٥٦ لسنة ١٩٨٥) أحوال شخصية بور سعيد على إنها امتنعت عن الانتقال لمساكنة زوجها بالمسكن الذى أعده لها بسبين الكوم حيث نقل للعمل طبيباً بمستشفى شبين الكوم دون مسوغ شرعى ، ومقتضى هذا الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى سقوط حقها فى النفقة بما فيها حق السكنى إلى أن تعود لطاعته ، ولايلتزم زوجها بإسكانها بعيداً عنه بمسكن مستقل ، ويترتب على ذلك أنه ليس لها الاستقلال بعين النزاع التى تقع فى بور سعيد والتى لم يعد الطاعن يتخذها مسكناً للزوجية ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بإلغائه للحكم الابتدائى المستأنف ورفض دعوى الطاعن لمجرد قيام علاقة الزوجية بين الطرفين ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ، بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن•نقض مدنى ــ طعن رقم٣٤ لسنة٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥ •

وأحكام القضاء متواترة في نفس المعنى " فالزوجة تعتبر ناشزاً إذا خرجت بدون إذن الزوج ورغم سابقة إعتراضه عليها ، وهذا يستوجب سقوط حقها في اقتضاء النفقة " .

فإذا قصرت الزوجة في القيام على تربية أبناء زوجها من زوجة أخرى وهجرت منزل الزوجية ، فإن تركها له يكون على غير مبرر ، الأمر الذى يسقط حقها في اقتضاء نفقتها من زوجها .

وقد نص قانون الأحوال الشخصية الجديد على أنه لايعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية ـ بدون إذن زوجها ـ في الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع ، أو يجرى بها العرف، أو عند الضرورة[1] .

فخروج الزوجة للعمل المشروع لايسقط نفقتها ، مالم يظهر أن إستعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة ، ومناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الإمتناع .

وهذا القانون وإن كان خاصاً بالمسلمين ، إلا أنه يتفق مع المبادئ العامة بالشرائع الطائفية ، ولذلك فإن القضاء سيتأثر بالضرورة باحكامه.

ويمكن للقاضى كذلك أن يحكم على الزوجة بالغرامة التهديدية لحملها على تنفيذ التزامها بالطاعة والمساكنة ، كأن يحكم عليها بمبلغ معين عن كل يوم تتأخر فيه عن العودة إلى المنزل . فإذا لم تمتثل إنتهى الأمر إلى الحكم عليها بالتعويض ، وفي جميع الحالات يمكن

---

(١) القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

للزوج المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية والمادية التى تصيبه من جراء عدم تنفيذ الزوجة لإلتزامها •

هذا بالإضافة إلى أن نشوز المرأة قد يعتبر من قبيل الإساءة البالغة التى تخول الزوج أن يطلب الطلاق أو الإنفصال الجثمانى مع إعتبارها مسئولة عن ذلك •

(ج) إلغاء التنفيذ الجبرى للطاعة :

قبل صدور القانون الحالى[1] ، ثار الخلاف حول مدى امكانية تنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية •

ذهب إتجاه فى الفقه والقضاء إلى أن تنفيذ الحكم بالطاعة يكون قهراً ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنزل • ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ • لأن عقد الزواج من العقود الملزمة للجانبين ، ينشئ إلتزامات متقابلة فى ذمة كل منهما ، فمن غير المقبول عدلاً ولا منطقاً أن تجاب الزوجة الى طلب قسر زوجها إلى الإنفاق عليها وحبسه إن قعد عن التنفيذ أو تلكأ فيه ، بينما يحرم الزوج من إدخالها فى طاعته إن ركبت رأسها ونشزت •

وذهب إتجاه آخر إلى أن إلتزام الزوجة بالطاعة هو إلتزام روحى وليس مدنياً ولايمكن تنفيذه • عيناً إذا رفضت الزوجة الوفاء به ، فهو من الإلتزامات التى لايتصور تنفيذها عيناً إلا برضاء المدين • وهذا مايتفق مع المبادئ العامة وماتأخذ به القوانين الوضعية فى العصر الحديث ، إذ لم يعد يستعمل الإكراه البدنى لإجبار المدين على تنفيذ

---

(١) ٤٩ لسنة ١٩٧٩ الذى حل محله القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

الإلتزام بعمل لتعارض ذلك مع الحرية الفردية ، ولكن يمكن الإلتجاء إلى الجزاءات الأخرى كالتعويض أو الغرامة التهديدية أو الحرمان من النفقة أو الطلاق ٠

تبنى المشرع هذا الإتجاه ونص على أنه " إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج ، دون حق ، توقف نفقة الزوجية من تاريخ الإمتناع ، وتعتبر ممتنعة دون وجه حق ، إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن[(١)] ٠

وبهذا يكون المشرع قد ألغى نظام الإجبار على تنفيذ حكم الطاعة ، واكتفى بالجزاء المتمثل فى ايقاف النفقة الزوجية ، إذا ماثبت امتناعها عن طاعة الزوج أى اخلالها بالإلتزام بالمساكنة دون وجه حق ٠

ولايثبت الإمتناع بدون وجه حق ، أى النشوز إلا بعد دعوة الزوج أياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، ولكن عليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن الذى أعده لها ٠ ويثبت إمتناع الزوجة بإجابتها للمحضر على الإعلان أو بعدم عودتها لمنزل الزوجية٠

وللزوجة حق الإعتراض على مثل هذه الدعوة ، وتقدم الإعتراض الى المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها بالعودة على يد محضر ، ويجب أن تتضمن صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة الزوج ، سواء تعلقت تلك الأوجه بالمسكن أو بالزوج نفسه ٠

---

(١) المادة السادسة من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٩ ٠ ألغى هذا القانون لعدم دستوريته وحل محله القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وأعاد صياغة نفس الحكم فى المادة ١١ مكرر ثانياً ٠

وإذا لم تتقدم الزوجة بالإعتراض خلال الثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها ، أو لم تبين فيه الأوجه الشرعية لإمتناعها ، أو إذا حكم بعدم قبوله بعد أن تبين عدم جديته ، اعتبرت ممتنعه عن طاعة زوجها ، ويسقط حقها فى النفقة من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض .

وعلى المحكمة ، عند نظر الإعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً بإستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى نفس القانون .

(د) سريان الأحكام السابقة على كل المصريين :

" توحيد القانون فى مسألة الطاعة وعدم تطبيق الشرائع الدينية عليها" .

والأحكام السابقة وإن كانت قد وردت فى قانون الأحوال الشخصية الخاص بالمسلمين ، إلا أنها ولاشك تتفق مع روح ماجاء فى الشرائع الطائفية وما كان عليه العمل فى القضاء فى هذا الصدد ، وبالتالى فإن القضاء سيطبقها وخاصة وأنها قد نظمت الموضوع بنصوص إجرائية تسرى على الكافة .

ويبدو ذلك جلياً فى إجراءات التحكيم التى نظمها القانون ، حيث يبعث القاضى حكمين عدلين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا فمن غيرهما ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة . فإذا عجزا عن الإصلاح اقترحا التطليق مع بيان أى من الزوجين تقع عليه الإساءة .

وتلك الأحكام بما فى ذلك النفقة لاتتصل بالعقيدة بل هى أقرب إلى المعاملات ، ومن ثم ترتبط بالواقع الإجتماعى ويسهل توحيد المسائل

المطبقة فيها ويؤكد ذلك أن النصوص التى أوردتها شريعة الأقباط الأرثوذكس فى هذا الصدد لاتخرج عن المبادئ العامة فى الشريعة الإسلامية التى عرضناها • فمثلاً تنص مجموعة الأقباط على أن النفقة تجب للزوجة من حيث العقد الصحيح وأنها تسقط إذا تركت منزل الزوجية أو أبت السفر مع زوجها بغير مسوغ شرعى ، وتفرض النفقة لزوجة الغائب من ماله إن كان له مال ، وأحقية الزوجة فى مسكن مستقل[1] •

وتعبر محكمة النقض عن المبدأ السابق بقولها : ماتضمنته المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ من أحكام فى خصوص مايتبع من دعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية ــ هو من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات ــ سريانها على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها •

إذا كان النص فى المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه " إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الإمتناع • وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن • وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الإبتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها، وعليها أن تبين فى صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته

---

(١) المواد ١٣٩ : ١٤٦ •

وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد ٠٠٠ " يدل على أن ما تضمنته هذه المادة من أحكام فى خصوص مايتبع من دعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هو من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات ومن ثم تسرى على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها وإذا إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وإعتد بإجراءات دعوة المطعون ضده الطاعنة للعودة لمنزل الزوجية وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية المختصة فإنه لايكون قد تنكب الجادة ولا أخطأ فى تطبيق القانون فإن النعى عليه لهذا السبب يكون على غير أساس[1] ٠

---

(١) طعن رقم ٨١ لسنة ٥٨ ق (أحوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩١/٢/٢٦ ٠

" وحيث أن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنة بأولها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول أن دعوتها للدخول فى طاعة المطعون عليه وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة إنما هى أحكام المادة ٦ مكرر ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ـ وإذا كان هذا القانون يحكم مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين مختلفى الطائفة والملة فإنه لايجوز تطبيق النص المذكور على المنازعة بينها وبين المطعون عليه لأنهما قبطيان أرثوذكسيان متحدى الطائفة والملة ، وإذا طبق الحكم المطعون فيه هذا النص رغم ذلك فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ٠

وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أنه لما كان النص فى الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق٠ ولكن ماورد فى المادة ٦ مكرر ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليها فى خصوص مايتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هي من قواعد الإختصاص ومسائل الإجراءات فإنها تسرى على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها ٠ وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن طبق ماورد فى مجموعة الأقباط الأرثوذكس شريعة طرفى الطعن من أحكام موضوعية عن الطاعة واعتد بإجراءات دعوة المطعون عليه للطاعنة بالدخول فى طاعته وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة الإبتدائية وفقاً لما ورد فى النص المشار إليه فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويكون النعى على غير أساس ٠ نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ س ٣٧ ص ٥٩١ ٠

وحيث أن الطاعنة تنعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول أنها والمطعون ضده من الأقباط الأرثوذكس ويخضعان =

تطبيقات قضائيـــة :

* الطاعة ــ حق للزوج على زوجته ــ شرطه ــ أن يكون الـــزوج أميناً عليها نفساً ومالاً ــ لا طاعة له عليها أن تعمد مضارتها بالقول أو الفعل أو يستولى على مالها بدون وجه حق ٠

أن المقرر ــ فى قضاء هذه المحكمة ــ أنه وان كانت الطاعة حــق للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أمينــاً عليــها نفساً ومالاً فلا طاعة له عليها أن هو تعمد مضارتها بالقول أو الفعل أو استولى على مالها بدون وجه حق ، لما كان ذلك وكان تقديـــر أقـــوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما يستقل به قـــاضى الموضـــوع ولامعقب عليه فى تكوين عقيدته مما يدلى به شهود أحد الطرفين مـادام لم يخرج بذلك عما تحتمله أقوالهم ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقـــام

= لأحكام شريعتهما الخاصة التى لاتعرف إعلان دعوة الزوج زوجتـــه للعـــودة لمـــنزل الزوجية والمنصوص عليه فى المادة ١١ مكرر ثانيا من القانون رقـــم ٢٥ لســنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لأن هذا القانون لايحكـــم إلا مســائل الأحـــوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين مختلفى الطائفة والملة ، إذ هما قبطيان أرثوذكسيان ــ متحدى الطائفة والملة ــ فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق هذا النص رغم ذلك يكون قـــد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه ٠

وحيث أن هذا النعى غير سديد ٠ ذلك أنه لما كان النص فى الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمليـــة علـــى أنـــه " بالنســبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصـــدر الأحكـــام ــ فـــى نطاق النظام العام ــ طبقاً لشريعتهم ــ مفاده ، أن الأحكام التى يتعيـــن علـــى المحـــاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ، وكان ما ورد فـــى المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى خصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخـــول فـــى طاعتـــه وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة الإبتدائية إنما هى من قواعد الإختصـــاص ومســـائل الإجراءات فإنها تسرى على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها ، وإذ إلـــتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وإعتد بإجراءات دعوة المطعون عليه للطاعنة بالدخول فـــى طاعته وإعتراضها على ذلك وفقاً لما ورد بالنص المشار إليها فإنه لايكون قد أخطأ فـــى تطبيق القانون ويكون النعى عليه على غير أساس ٠ نقض ١٩٩٠/٥/٨ س ٤١ ص ٦٩ ٠

قضاءه بعدم الإعتداد بإنذار الطاعة على قوله ، " أن الثابت من أقـــوال شاهدى المستأنفة (المطعون ضدها) انه قد اتفقت أقوالهما بخصـــوص مشاهدتهما لواقعة الضرب الواقع من المستأنف ضده على المســـتأنفة ، ومن ثم فإن المستأنف ضده غير أمين على نفس المستأنفة فإن امتناعــها عن الدخول فى طاعته فى المسكن المبين بـــإنذار الطاعـــة موضـــوع الإعتراض جاء على سند ومبرر شرعى يمتنع معه الدخول فى طاعته " وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ يؤدى إلى النتيجة التى انتهى اليها ويكفى لحمل قضائه ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس(١)٠

* إن النص فى المادة ١١ مكرر (ثانياً) من القانون رقـــم ٢٥ لســـنة ١٩٢٩ على أنه " إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الإمتناع ٠ وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعـــد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة بإعلان على يد محضـــر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن ٠ وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الإبتدائية خلال ثلاثين يومــاً من تاريخ هذا الإعلان ، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبـــول اعتراضها ٠ ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الإعـــتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد ٠ وعلى المحكمة عند نظر الإعتراض أو بنـــاء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باســـتمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإن بان لها أن الخـــلاف مســـتحكم وطلبـــت الزوجة التطليق اتخذت اجراءات التحكيم الموضح فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون " يدل على أنه يشترط لتطبيق الأحكام الواردة فـــى

---

(١) طعن رقم ٤ لسنة ٥٩ ق " أحوال شخصية) ــ جلسة ١٩٩١/٤/٢ ٠

هذا النص أن تكون الزوجة قد امتنعت عن طاعة زوجها ودعاها للعودة لمنزل الزوجية على يد محضر ثم اعترضت الزوجـــة علـــى هـــذه الدعوى • فإذا استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمـــة عند نظر موضوعه التدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تقـــاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم بيـــن الزوجين وطلبت الزوجة التطليق اتخذت اجراءات التحكيم المنصـــوص عليها فى المواد من ٧ الى ١١ من ذات القانون ، وكانت هذه الحالـــة التى يقتصر الأمر فيها على مجرد ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين دون تحر لسببه أو تحديد أى من الزوجين يسأل عنه تختلف عن تلـــك الواردة بنص المادة السادسة من ذات القانون والتى يشـــترط لتحققـــها ثبوت تعمد الزوج إيذاء زوجته بالقول أو الفعل على نحو لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهـــا قد طلبت التطليق على سند من توافر حالة الاضرار هذه وقدمت البينـــة على مدعاها وأقام الحكم المطعون فيه قضاءه بإجابتها إلى طلبها علـــى ماتحقق للمحكمة من بينتها الشرعية من أن الطاعن دائم التعدى عليـــها بالسب والضرب والإيذاء وانه غير أمين عليها نفساً ومالاً لطلبه سفرها معه إلى إيطاليا للعمل بإحدى الملاهى الليلية وهو ما يستوجب اعمـــال نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وكان هذا النـــص لايستلزم اتخاذ اجراءات التحكيم إلا إذا رفض طلب الزوجة ثم تكـــورت الشكوى منها واخفقت فى إثبات أوجه الاضرار التى تدعيها[١] •

---

(١) طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٨ ق (أحوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩٠/١٢/١٨ •

* تقدير مدى شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة.

ذلك أنه لما كان تقدير مدى شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة إذ أنها لاتقضى إلا على أساس ما تطمئن إليه وتثق به ، ولارقيب عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند، وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه . مادام قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات . لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى ـ المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه ـ قد أقام قضاءه برفض اعتراض الطاعنة على دعوة المطعون ضده لها بالدخول فى طاعته على سند مما استخلصه من تقرير الباحث الفنى من أن مسكن الطاعة يصلح للسكنى ومستوف لجميع الشروط الشرعية ، وكان هذا الإستخلاص سائغاً وله سنده من الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم . وفيه الرد الضمنى المسقط لما أثارته الطاعنة من أن مسكن الطاعة غير مستوف لشروطه الشرعية ولا على الحكم إذ لم يأخذ بالنتيجة التى انتهى اليها التقرير المذكور إذ أن له أن يأخذ ببعض مايطمئن إليه منه ويطرح بعض ما جاء به اعتباره عنصراً من عناصر الإثبات التى تخضع لتقدير محكمة الموضوع ومن ثم فإن النعى لايعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فى فهم الواقع وتقدير أدلة الدعوى وهو مالايجوز إثارته أمام محكمة النقض

ومن ثم فإنه يكون على غير أساس[1] ٠

* إذا خرج الحكم عن مدلول أقوال الشهود فى دعوى عدم الإعتـــداد بالإعلان للدخول فى الطاعة بمسكن مشغول بأسرة الزوج فإنه يكـــون معيباً بالفساد فى الإستدلال ٠

ذلك أن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المســـتأنف على ماأورده بمدوناته من أن الطاعنة تزوجت المطعون ضده فى منزل تشاركه فيه أسرته وأنها ارتضت المقام به وفقاً لأقوال شاهديه فلا يحق لها المطالبة بعد ذلك بمنزل مستقل ، وهذا الذى استخلصه الحكم ليس له ما يؤيده من أقوال شهود الطرفين وواقع الحال فى الدعوى ، فلم يقـــل أحد منهم بأن الطاعنة رضيت بالمسكن الذى أعده المطعون ضده إذ أن الثابت من أقوال شهود الدعوى أنها لم تقم به اكثر من خمسة وثلاثيـــن يوماً وتركته على أثر الخلاف بينها وبين المطعون ضده ، ومـــن ثـم يكون الحكم قد خرج عن مدلول أقوال الشهود وهو مايعيبه بالفساد فـــى الإستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن علـــى أن يكون مع النقض الإحالة[2] ٠

* إذا قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف القاضى برفض اعتراضها على سند من أن ذلك المسكن شرعى وأن الطاعنة لم تقـــم الدليل على أن حال المطعون ضده أو عرف أمثاله يسمح لـــه بتدبـير مسكن مستقل لها دون أن يستظهر الحكم حالة المطعون ضده الماليـــة والإجتماعية ومدى مناسبة هذه الحجرة لها فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب ٠

---

(١) نقض مدنى ـ طعن رقم ١٥٦ لسنة ٦٢ ق احوال شخصية جلسة ١٩٩٦/١/٢٩ ٠

(٢) نقض مدنى ـ طعن رقم ١٤١ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/١/٢٩ ٠

ذلك أنه وإن كان للزوج على زوجته حق الطاعة إلا أنه يجب عليه أن يهيئ لها مسكناً شرعياً لائقاً بحالة ، لقوله تعالى ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾ · وإذا كان هذا النص القرانى قد ورد فى خصوص المطلقات فهو فى شأن الزوجات أوجب ، ولقوله تعالى ﴿**لايكلف الله نفساً إلا وسعها** ﴾ بحيث تعتبر الزوجة ناشزاً بإمتناعها عن طاعة زوجها فى المسكن الذى أعده لها ، إذا كان هذا المسكن مناسباً لحال الزوج المالية والإجتماعية ، بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها ، وخالياً من سكنى الغير ولو كان هذا الغير من أهله إذا تضررت الزوجة من وجودهم كالضرة وأولاد الزوج من غيرها عدا ولده الصغير غير المميز ، ولا يشترط فى مسكن الطاعة أن يكون مبنى مستقلاً فقد يكون كذلك أو وحدة سكنية فى مبنى أو غرفة حسبما يسكن أقران الزوج ممن هم فى مستواه المادى والإجتماعى ، ويلزم أن يكون لهذا المسكن غلق ، وأن يشتمل على جميع المرافق المنزلية والأدوات الشرعية وفقاً لحال أمثال الزوج حسبما يجرى به العرف ، حتى يعتبر مستقلاً قائماً بذاته ، لما كان ذلك ، وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن المسكن الذى أعده لها المطعون ضده غير شرعى لإنشغاله بسكنى الغير ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الإبتدائى المستأنف الذى قضى برفض اعتراض الطاعنة على إنذار الطاعة الموجه لها من المطعون ضده ، وتناول دفاع الطاعنة الذى ساقته على النحو المتقدم بالإحالة إلى ماأورده الحكم الابتدائى فى أسبابه من أن الثابت من أقوال الشهود أن مسكن الطاعة عبارة عن حجرة لها غلق خاص ، وأضاف الحكم المطعون فيه إلى ذلك أن الطاعنة لم تقم الدليل على أن حالة المطعون ضده المالية والإجتماعية تسمح بأن يعد لها مسكناً مستقلاً ، دون أن يبين حالته المالية وما إذا كانت الغرفة التى أعدها تتفق ومستواه المادى والإجتماعى ، وما إذا

كانت مشتملة على مرافقها الشرعية حتى تتمكن محكمة النقض من إعمال رقابتها بشأن ماخلص إليه الحكم فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن ، على أن يكون مع النقض الإحالة[1] .

* اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطليق للضرر .

أن دعوى الطاعة وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر . إذ تقوم الأولى على الهجر واخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على إدعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة ، ومن ثم فإن الحكم الصادر في دعوى الطاعة لايمنع من دعوى التطليق وجواز نظرها لإختلاف المناط في كل منهما لما كان ذلك فإن النعي بهذا السبب يكون على غير أساس[2].

* دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر ـ النشوز بفرض حصوله ليس بمانع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها .

ذلك بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر ، إذ تقوم

---

(١) نقض مدنى ـ طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٥/٢٧ .

(٢) طعن رقم ٢٩ لسنة ٥٩ ق (أحوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩١/٦/١١ .

دعوى النفقة والحبس تختلفان في موضوعهما وسببهما عن دعوى التطليق للفرقة لاختلاف المناط في هذه الدعاوى الثلاث، فبينما تقوم الأولى على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لاحتباسها لحقه ومنفعته لتحقيق مقاصد الزواج حتى وإن لم يتحقق هذا الاحتباس بسبب عن قبل الزوج فإن دعوى الحبس تستند إلى امتناع المحكوم عليه أداء النفقة المقررة بحكم واجب التنفيذ، بيد أن دعوى التطليق المطروحة تؤسس على إدعاء الإساءة واستحكام النفور والفرقة بين الزوجين لمدة ثلاث سنوات على الأقل. (الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٦٢ ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١٩٩٦/٩/٢٣.

الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بـها ما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، والنشوز بفرض حصوله ليس بمانع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها لإختلاف المناط فى كل منهما، ومن ثم فإن الحكم بدخول المطعون ضدها فى طاعة زوجها ونشوزها لايكون بذاته حاسماً فى نفى ماتدعيه من مضارة فى دعوى التطليق فلا تثريب على محكمة الموضوع إذ لم تعول على دلالة الحكم الصادر فى دعوى الطاعة ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس[١].

---

(١) نقض مدنى ــ طعن رقم ١٣٥ لسنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٧/٣/١٧ .

المبحث الرابـــع

المهر والجهـــاز والدوطة

القاعدة أن الشرائع الطائفية ــ كما هو الحال فى الشريعة الإسلامية تأخذ بنظام انفصال أموال الزوجين ، أى تظل أموال كل منهما مملوكة له ويكون له حرية التصرف فيـها • والأصـل أن المسـائل الماليـة المصاحبة للزواج لاتتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فهى ليست من قبيـل القواعد الآمرة ، ويمكن للافراد الاتفاق على ما يخالفها لانها ليست مـن صميم الزواج كنظام قانونى • ونعرض لاهم المسائل المالية المصاحبة للزواج •

المطلب الأول

المهـــر

المهر فى الشريعة المسيحية ليس من مستلزمات الـــزواج وليـس ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته ، ولا يعد كذلك أثر لازمـا له ، بل يخضع لاتفاق المتعاقدين • فإذا اتفق الزوجان على مهر،الـتزام الزوج بذلك المهر بمقتضى الاتفاق فى ذاته وليس كأثر للزواج ، وان لم يتفق على مهر اعتبر الزواج صحيحا ولايلتزم به الـــزوج ، ولايمكـن الإدعاء بوجوب مهر المثل كما هو الحال فى الشريعة الإسلامية •

ويجب المهر المسمى فى عقد الخطبة للزوجة بمجرد الإكليل فـــى الزواج الصحيح ، وهو ملك لها تتصرف فيه كيف شاءت • وفى حالـة انحلال الزواج بالطلاق أو البطلان لا حق لها فى المهر أن كان ســبب الانهاء من جهتها •

وتذهب الشريعة الإسلامية مذهبا مغايرا فى هذا الصدد ، فالمـــهر

فيها ليس ركنا فى عقد الزواج أو شرطا من شروط صحته ، بل هو أثر لازم له • فإذا لم يتفق على مهر فى العقد كان العقد صحيحا ، ولكن الزوجة تستحق مهر المثل ، أى يفترض الاتفاق على مثل هذا المهر فهو مستحق ولو لم يسم فى العقد ، عكس الشريعة المسيحية ، إذ المهر لايستحق إلا إذا نص عليه فى العقد •

ويجب المهر للمرأة بالعقد ، ويستقر ملكه بالدخول أو الخلوة الصحيحة ، وإن طلقت قبل ذلك لها نصف المهر • وبموت أحدهما يجب المهر كله المسمى فى العقد ، سواء تم الدخول أو لم يتم ، وتتقاضاه الزوجة من تركة الزوج •

هل المهر للتجهيز ؟

يذهب المالكية إلى أن " الجهاز حق على المرأة فى دائرة ما قبضته من مهرها ، وماتجرى به العادة بين أمثالها ، فإن لم تكن قد قبضت شيئا من المهر ، فليس عليها جهاز ، إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازا ، أو كان قد شرط ذلك عليها ، ذلك لأن العرف جرى فى كل العصور والأمصار على أن المرأة هى التى تعد البيت ، ولاسبيل لإلزامها بأكثر مما قبضت ، إذ الحقوق متقابلة •

ويرى الحنفية أن المرأة لاتجبر على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ، وإن قامت فهى متبرعة ، فالمهر حقا خالصا ، فلو زفت بجهاز قليل لايليق بالمهر الذى دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلا فليس له المطالبة بشئ منه ولاينقص المهر المتفق عليه • هذا مالم يكن الزوج قد قدم فوق المهر مالا نظير اعداد الجهاز ، فإنها فى هذه الحال تكون ملزمة به •

وهذا هو المطبق حاليا فى مصر ، أى أن الزوجة غير ملزمة قانونا

بالتجهيز لأن المهر ملكها ، إلا أن العرف يجرى على دفع مبلغ كبير من المال متضمنا المهر ومقابل التجهيز الذى قد يزيد عليه الأب ٠

وقد تأثرت شريعة الأقباط الأرثوذكس بالمذهب الحنفى الذى صاغته مجموعة قدرى باشا فيما يتعلق بجهاز المرأة عموما ٠ فالحكم السابق نصت عليه شريعة الأقباط بقولها " لاتجبر المرأة على تجيهز منزل الزوجية لا من مهرها ولا من غيره ، فلو زفت بجهاز قليل لايليق بالمهر الذى دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلا فليس له مطالبتها ومطالبة أبيها بشئ منه ولاتنقيص شئ من مقدار المهر الذى تراضيا عليه ٠

المطلب الثانى
الجهاز

أن الأحكام التى تنظم الجهاز كغيره من المسائل المالية المصاحبة للزواج تخضع أساسا لاتفاق الاطراف ، أى لإرادة الزوجين ٠ ويتجه القضاء إلى إعتبار تلك المسائل من الأحوال العينية لذا يخضعها للمبادئ العامة فى القانون المدنى مستأنسا بالعرف وأحكام الشريعة الإسلامية ، التى تأثرت بها مجموعة الأقباط الأرثوذكس من خلال مجموعة قدرى باشا المأخوذة عن المذهب الحنفى ٠

(أ) عبء إعداد الجهاز :

طبقا للمذهب الذى أخذت به شريعة الأقباط الأرثوذكس أن الزوجة لاتجبر على تجهيز نفسها من مهرها أو غيره ـ كما رأينا ـ فالزوج هو الذى يلتزم بإعداد مسكن الزوجية وتأثيثه ٠ وجرت عادات الناس على أن تقوم الزوجة أحيانا بإحضار الجهاز معها إلى منزل الزوجية ٠ وهى تشترى الجهاز بما يكون قد دفعه الزوج وبما تساهم به هى ٠ إذ غالبا ما يشمل المهر ضمنا مبلغ من المال مقابل التجهيز ويتم الاتفاق

على ذلك • أما فى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فلا يستطيع الزوج مطالبة الزوجة بالجهاز أو استرداد المهر أو إنقاصه •

(ب) الإختلاف فى ملكية الجهاز :

قد يثور الخلاف حول ملكية الجهاز ، هذا الخلاف أما أن يكون بين الأب وابنته واما أن يكون بين الزوج وزوجته أو ورثتهما •

١ - **الخلاف بين الأب وابنته** : إذا جهز الأب ابنته من مهرها وبقى عنده شئ منه فلها مطالبته به ، أما إذا جهز الأب ابنته من أمواله، فإن كانت هذه الابنة قاصرة ملكت الجهاز بمجرد شراء أبيها له وان كانت رشيدة ملكته عند قبضه ، ويعتبر الأب متبرعا بالجهاز لابنته فى هذه الأحوال وليس له ولا لورثته أخذ شئ منه بعد امتلاك ابنته له • وإذا توفيت الزوجة كان الجهاز ملكا لورثتها (بما فيهم الزوج) بحالته التى يكون عليها ولو قدم أو بلى أو نزلت قيمته •

٢ - **الخلاف بين الزوج وزوجته** : الأصل أن الجهاز ملك المراة وحدها، فلا حق للزوج فى شئ منه وإنما له الانتفاع بما يوضع منه فى بيته ، وإذا اغتصب شيئا منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته أن هلك أو استهلك عنده • فغالبا ما تعد الزوجة الجهاز من مالها أو من المهر أو من أموال الأب ، ومن ثم فهى مالكة لهذا الجهاز •

وقد قضى بأن الزوجة حال قيام الزوجية تعتبر مالكة للجهاز وتبيح لزوجها استعماله ، فإذا انحلت الرابطة الزوجية ، زال تسامح الزوجة ، وكان لها أن تأخذ جهازها ، فإن امتنع الزوج عن تسليمه ، فإن يده عليه تنقلب يد ضمان ويصبح فى حكم الغاصب قانونا •

إلا أن الخلاف قد يثور بين الزوجين ويدعى كل منهما أنه هو الذى

اشترى الجهاز من ماله وبالتالى ملكيته له .

لاشك أنه إذا توافر لدى أيهما دليل على ادعائه فإن النزاع سيحسم على ضوئه . فالأحكام التى توردها النصوص فى هذا الشأن ليست إلا أحكاما مكملة يمكن الاتفاق على مايخالفها ، حيث أن الأمر يتعلق بأمور مالية تدخل فى مسائل الأحوال العينية ، ومن ثم فإن القاضى يستهدى بها فقط ولكنه غير ملزم بتطبيقها لأن النزاع لايدخل فى نطاق الأحوال الشخصية .

وهذا ما أخذت به محكمة النقض صراحة وقررت أن المحاكم المدنية فى مثل هذه الحالة لا تتقيد بالأحكام المتبعة أمام القضاء الشرعى فى تعيين طرق الإثبات وفى تحميل عبئه وفى إجراء التحقيق ، بل ذلك كله يكون وفق قواعد القانون المدنى وقانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية[١] .

ففى حالة عدم وجود دليل على ملكية الجهاز ، يقيم النص قرينة مقتضاها أنه إذا اختلف الزوجان حال قيام الزواج أو بعد الفسخ فى متاع موضوع البيت الذى يسكنان فيه ، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة ، إلا أن يقيم الزوج البينة على أنه له ، وما يصلح للرجال أو يكون صالحا لهما فهو للزوج مالم تقم المرأة البينة على أنه لها .

فالنص يقيم قرينة بسيطة مضمونها ملكية كل من الزوجين لما يصلح له أما يصلح لهما معا فهو للرجل ، ولكن تلك القرينة قابلة لإثبات العكس . وتقوم هذه القرينة إذا كان النزاع حال حياة الزوجين .

٣ - **الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر**: القاعدة فى هذا الشأن هى أنه إذا مات أحد الزوجين ووقع نزاع فى متاع البيت بين

---

(١) نقض ١٩٤٥/٤/١٩ المجموعة فى ٢٥ عام ج ١ ص ١٣٩ .

الزوج الحى وورثة الزوج الميت فما يصلح للرجل والمرأة يكون للحى منهما عند عدم البينة • أى أنه ما لم يقم دليل عكسى فإن الزوج الحى يعتبر مالكا لكل جهاز المنزل ، سواء كان صالحا للرجل أو المرأة •

المطلب الثالث
الدوطة

(أ) طبيعة الدوطة :

تتمثل الدوطة أو البائنة فى المال الذى تقدمه المرأة أو وليها بمناسبة الزواج بقصد المساهمة فى تأسيس وتحمل أعباء الحياة الزوجية ، وقد تأخذ الوطة شكل مبلغ من النقود أو شكلا آخر ، عقار أو منقول •

ويرجع نظام الدوطة فى أصله إلى القانون الرومانى ، ولازال معروفا فى كثير من الدول الغربية ، وتعرفه بعض الشرائع الطائفية•

وقد أقرت محكمة النقض مشروعية نظام الدوطة ، حيث أنه إتفاق ذو طابع مالى ، ينشأ بإتفاق الطرفين ، ويخضع لقواعد هذا الإتفاق ولما تنصرف إليه إرادة عاقدية والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها بشرط ألا يتعارض ذلك مع أحكام النظام العام فى مصر[(١)].

والدوطة ليست ركنا من أركان الزواج ولاشرطا من شروطه ؛ إذ الزواج يتم صحيحا بدونها • وإذا تعهدت الزوجة أو أهلها بدوطة للزوج ، فلا يترتب على الإمتناع عن دفعها إليه فسخ الزواج ، بل يكون له فقط حق المطالبة بها على أساس أن التعهد بها يتولد عنه إلتزام مدنى• فالنزاع المتعلق بالدوطة هو نزاع بعيد عن المساس بعقد

---

(١) نقض ١٩٥٢/٦/١٢ المجموعة فى ٢٥ عام ج ١ ص ١١٩ •

الزواج، ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية[1] • ويمكن المطالبة بتنفيذ هذا الإلتزام طبقا للقواعد العامة •

ولايحق للزوج رفض الانفاق على زوجته بحجة عدم قيام الزوجة بدفع البائنة " لأنه لاتبادل بين هذين الالتزامين ولا رابطة بينهما مطلقا " وهذا الحكم يعتبر صحيحا لأن النفقة من آثار عقد الزواج أما الدوطة فهى اتفاق مالى مستقل •

إلا أن هناك قضاء آخر حكم فيه : أن الزوجة طالبة النفقة لم تكن قد أوفت لزوجها بكامل بائنتها • ومن ثم فهى قد أخلت بإلتزامها قبل الزوج فى دفع البائنة له • مما أدى إلى النزاع بينهما حول المسائل المالية ولهذا يسقط حق الزوجة فى اقتضاء النفقة من زوجها •

وهذا الحكم منتقد بطبيعة الحال لأن النفقة تجب للزوجة بمجرد عقد الزواج الصحيح إذا ما اوفت بإلتزامها بالمساكنة والطاعة وبغض النظر عن الإعتبارات المالية الآخرى التى تقوم بين الزوجين وتحسم طبقا للقواعد العامة فى القانون المدنى •

ولاتعتبر الدوطة من قبيل الهبة ، فهى دينا لازما بذمة من الزم نفسه بها كسائر الديون التى تلزم الذمة •

وأخيرا فإن نظام الدوطة يعتبر من قبيل العقود المدنية غير المسماة، ومن ثم فهى تخرج عن نطاق الأحوال الشخصية وتعتبر من قبيل الأحوال العينية • لذا تخضع للمبادئ العامة فى القانون المدنى الخاصة بنظرية العقد •

---

(١) نقض ١٩٤٣/٥/١٧ نفس الموضع •

(ب) أحكام الدوطة :

رأينا أن الدوطة تنشأ بعقد بين الطرفين . ومن ثم تنظم أحكامها طبقا لنصوص هذا العقد ، أى وفقا لإرادة الطرفين . ولذا فالأحكام التى ترد بالشرائع الطائفية ليست آمرة . ولاتطبق إذا قام اتفاق مخالف بين الزوجين . وأهم تلك الأحكام :-

- كقاعدة تظل ملكية الدوطة للزوجة أو على الأقل فيما يتعلق بالرقبة، أما الزوج فيكون له حق الانتفاع والإدارة ، هذا إذا كان محل الدوطة عقارا ، أما إن كان منقولا فتنتقل الملكية إلى الزوج كذلك .

- للزوج أن يحصل على الثمار لأن له حق الانتفاع على الأموال محل الدوطة ، وله سلطة واسعة فى أعمال الإدارة ، كرفع الدعاوى المتعلقة بالدوطة والقيام بأعمال الحفظ والصيانة والتجديد . وللزوجة أن تطلب من الزوج ضمانات معينة إذا خشيت لأسباب معقوله تعرض الدوطة لخطر بسبب طريقة إدارته لها . بل ولها أن تعطيها لغير الزوج لإستثمارها لصالح الحياة الزوجية إذا اقتضت المصلحة ذلك أو إذا خشيت اتلافها بواسطة الزوج .

- ونظرا لأن الدوطة مخصصة لنفقات الحياة الزوجية . فإنه كقاعدة عامة لايجوز التصرف فيها . فلا يستطيع الزوج أن يتصرف فى الدوطة إلا بعد إذن الزوجة إذا تعلق الأمر بمنقول . ولابد من الحصول على إذن المحكمة وموافقة الزوجة إذا تعلق الأمر بعقار . ولايجوز للمرأة التصرف فى الدوطة بدون إذن زوجها إلا إذا كان التصرف فى صورة وصية فيجوز لها ذلك .

- الأصل أن تظل الدوطة باقية مابقيت الحياة الزوجية ، وتسترد بعد إنحلال الزواج . فإذا كان سبب الإنحلال هو التطليق أو الفسخ يكون

للزوجة الحق فى استرداد الدوطة بجملتها بعد خصم ما أشتراه زوجها من أموال لصالح الحياة الزوجية ٠

وتسترد الزوجة الدوطة عند وفاة زوجها ، أما عند وفاتها فإن ورثتها ، ومنهم الزوج ، يقتسمونها طبقا لقواعد الميراث ٠

ويمكن أن تبقى البائنة للزوج بعد فسخ الزواج إذا كان هناك أولاد لتستعمل فى تربية الأولاد وتثقيفهم ٠

المبحث الخامس
تنظيم العلاقة الزوجية بالنسبة للأولاد

الأولاد هم الثمرة الطبيعية للعلاقة الزوجية ، وأهم مايترتب علـــى الزواج بالنسبة للأولاد هو تحديد نسبهم أى إنتمائهم لأب وأم معينيـــن ؛ وبالتالى بيان من يقع عليه عبء رعايتهم وتربيتهم ويتمثل ذلـــك فـــى الرضاعه والحضانة والضم ٠

المطلب الأول
النســب

مجال إعمال الشرائع الطائفية :

لاتثور مسألة النسب ــ فى غالب الأحوال ــ إلا بمناســبة دعــوى إرث ، فالورثة يشككون فى نسب أحد الأفراد بقصد استبعاده من دائــرة الميراث ٠

ومن المتفق عليه أن دعاوى الإرث ــ بالنسبة للمســـلمين وغــير المسلمين ــ يتم الفصل فيها طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ٠ ونظـــرا لأن مسألة النسب تثور بمناسبة دعوى الإرث ، أى أن الفصـــل فيــها يعتبر مسألة أولية قبل الفصل فى دعوى المـــيراث ، فـــإن الشــريعة الإسلامية هى التى تطبق على مسألة النسب ، وذلك اســـتنادا إلـــى أن الفرع يتبع الأصل ، فالنسب يكون مسألة فرعيـــة أو أوليـــة بالنســبة للميراث كمسألة أصلية ٠

وبالنسبة لدعوى النسب المستقلة أى التى ترفع بصفة مستقلة بقصــد إثبات النسب فى ذاته ، استقرت محكمة النقض على أنها لاتقبل إلا فــى حياة المدعى عليه ، أى إذا كان الأب أو الابن المدعى عليه حيا ، أمـــا

إذا كان قد مات فلا يمكن رفع الدعوى إلا بالتبعية لدعوى الميراث ، وهنا تطبق الشريعة الإسلامية[1] .

أى أن الفرض الوحيد الذى تطبق فيه الشريعة الطائفية – إذا توافرت الشروط العامة لتطبيقها – هو حالة رفع دعوى النسب استقلالاً حال حياة مدعى النسب ومن يريد الانتساب اليه . وذلك الفرض يعتبر من الندرة التى تنعدم فيها الأحكام القضائية فى هذا الصدد[2] .

أضف الى ذلك أن الشرائع الطائفية فى أغلبها لم تتضمن أحكاماً لتنظيم المسألة ، والأحكام القليلة الواردة فى هذا الصدد تقترب كثيراً من تلك التى تنص عليها الشريعة الإسلامية ، لذا فالنظرة العملية تؤكد لنا أن هذه الشريعة هى التى تحكم مسائل النسب أمام القضاء المصرى ، أى أن التوحيد قائم من الناحية العملية وليس أمام المشرع سوى صياغته تشريعياً .ونعرض لطرق إثبات النسب المطبقة فى هذا الشأن .

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٣٠ س ١٧ ص ٧٨٢ . طعن ١٧٦س ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/٧/٧.

(٢) والجدير بالذكر أن دعوى الإرث بسبب البنوة دعوة متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها .

إذا كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى إرث بسبب البنوة – وهى بذلك متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها – فإن أثبات البنوة الذى هو سبب الإرث لايخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها حيث نهى فى الفقرة الرابعة من تلك المادة عن سماع تلك الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ – إذ لاتأثير لهذا المنع من السماع – على دعوى النسب سواء كان النسب مقصود لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال – فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة . ولما كان اثبات البنوة وهى سبب الارث فى النزاع الراهن – بالبينة – جائزاً قانوناً فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ماهو مقصود أو مطلوب بالدعوى ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى القانون وقصور التسبيب لإجازته الإثبات بالبينة واغفاله ذكر السبب الذى يرد اليه النسب فى غير محله . نقض ١٩٦٠/٥/٥ س ١١ ص ٣٨٣ ، نقض ١٩٨٩/١١/٢١ طعن ٨ س ٥٨ق .

الفرع الأول

ثبوت النسب بالفراش

(أ) قرينة الولد للفراش :

نظرا لصعوبة إثبات النسب من الناحية العملية ، يأخذ القانون بالقرائن ، وأهمها قرينة الولد للفراش ، ومقتضاها أن الطفل الذى يولد على فراش الزوجية ، أى إذا كان الحمل قد تم أثناء الزوجية ، فإنه ينسب للزوج ، هذا بشرط ألا تقوم هناك ظروف لايتصور فيها إمكان حمل الأم من الأب ، لأن هذه قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ولكن بأدلة قاطعة .

ويمكن إجمال الشروط التى يثبت بها النسب بالفراش فيما يلى :

١ - الفراش المقصود هنا هو الفراش الشرعى أى قيام علاقة زوجية بين الأم والأب . ولايشترط أن يكون عقد الزواج صحيحا ، بل يمكن أن يكون باطلا . فالزواج الباطل أو الفاسد يثبت به النسب كذلك .

٢ - أن يولد الطفل بعد ستة أشهر على الأقل من تاريخ بدء الزواج . فتلك أقل مدة للحمل شرعا . وتجمع الشرائع على هذا الحكم فلا يمكن اثبات النسب بالفراش لطفل أتت به الزوجة فى أقل من ستة أشهر .

٣ - فى حالة انقضاء الزواج بالطلاق أو الوفاء ينبغى أن تأتى الزوجة بالولد فى مدة لاتزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج .

لكن قانون الأحوال الشخصية اعتبر الحد الأقصى للحمل مدة عام ، فنص على أنه لاتسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذ

أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة ٠

٤ - ألا ينفى الزوج هذا النسب ، فمن حقه إنكار النسب أو نفيه ولكن ذلك لايكون إلا بأسانيد واضحة وقاطعة ، لأن إعتبار الولد للفراش يعد قرينة تقررت لصالح الولد والزوجة ، إلا أنها قد تخالف الواقع فعلى من يدعى خلافها عبء اثبات ما يدعيه ٠

(ب) نفى النسب :

وفى جميع الحالات لايستطيع الزوج إنكار النسب إذا صدر منه اقرار صريح أو ضمنى بالبنوة ، كما لو كان على علم بحمل زوجته قبل الزواج أو إذا بلغ عن الولادة أوحضر التبليغ عنها[١] ٠

وتتوسع الشريعة الإسلامية فى مفهوم الاقرار الضمنى ، وتقتصر فى مدة رفع دعوى النسب ، إذ يجب أن يكون نفى الزوج للولد وقت الولادة ، هذا إذا كان حاضرا ، أما إن كان غائبا فوقت علمه بها ، فإذا سكت اعتبر هذا اقرار منه بالنسب ولايقبل منه النفى بعد ذلك ٠ ومن أمثلة الإقرار الضمنى تقبل التهانى وحمل الزوجة للمستشفى ودفع أتعاب الطبيب ٠

ويستطيع الزوج أن يتسند فى نفى النسب إلى أن المولود قد ولد قبل ٦ أشهر من تاريخ الزواج أو بعد عشرة أشهر (أو سنة فى الشريعة الإسلامية) من تاريخ الإنفصال ٠ أو أنه وجد استحالة مادية تمنعه من الإتصال بزوجته فى الفترة السابقة ، سواء بسبب بعد المسافة بينهما أو بسبب السجن أو بسبب حادث أو عاهة من شأنه أن يجعل الإتصال بين الزوجين مستحيلا ٠ فالعاهة التى يستحيل معها ماديا الإتصال بالزوجة يمكن أن تصلح سببا للإنكار ، إلا أنه لايصح الإحتجاج بعدم

---

(١)القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ٠

قدرة الزوج الجنسية لنفى النسب •

وقد حكم تطبيقا لذلك بأنه " مادام أن التلاقى بين الزوجين ليس محل إنكار إذ تلاقيا يوم تحرير عقد الزواج ، وباشر الزوج العقد بنفسه مع الزوجة بنفسها ، واقام بمصر أياما وكان التلاقى ممكنا فى هذه الأيام وتردد على مصر مرات متعددة أثناء الحياة الزوجية حتى الطلاق الذى باشره بنفسه ، ومن ثم لايصح أن يقال أنه ثبت عدم التلاقى بينهما بإقرار الزوجة " •

وحكم أيضا بأن " سكوت المطلق على نفى النسب عند ولادة مطلقته، وعدم اعتراضه على اثبات المولود رسميا منسوبا إليه فى حكم الإقرار بالنسب فلا يعول على إنكاره بعد ذلك • ولايكفى مجرد إنكار النسب بل لابد من اتخاذ اجراءات نفيه فى حينه " •• " وشرط إمكان نفى النسب الأ يكون من ينفى ذلك النسب قد أقر به وقتئذ صراحة أو دلالة • فإذا كان قد أقر به فلا يقبل منه نفيه بعد ذلك أبدا لأنه إذا ثبت النسب فإنه لايقبل الرجوع فيه عن طريق نفيه بعد ذلك ، إذ لايحتمل النسب النقض بعد ثبوته أبدا •• والقرائن التى تنبئ عن الاقرار بالنسب دلالة هى أن يصحب الزوج زوجته لمستشفى الولادة لتلد ثم عودته لزيارتها يوم الوضع نفسه ومشاهدته الصغير إلى جوارها فى المستشفى واخبار أهله بذلك فيبادرون الى زيارتها مهنئين بالمولود ودفع نفقات اقامتها بالمستشفى •• " •

(ج) دعوى نفى النسب :

وتشترط شريعة الأقباط الأرثوذكس رفع دعوى نفى النسب خلال شهر من تاريخ الولادة أو من تاريخ عودة الزوج إذا كان غائبا ، أو من تاريخ علمه بالولادة إذا كانت قد اخفيت عنه •

والأصل أن دعوى نفى النسب تكون من حق الزوج وحده ، إلا أنه فى حالة وفاته دون أن يرفع دعواه وقبل انقضاء مواعيد سقوطها ، لورثته الحق فى رفع الدعوى خلال شهر من تاريخ وضع يد الولد أوليه على أعيان التركة أو من تاريخ منازعته لهم فى وضع يدهم على هذه الأعيان . أى أنها تكون تابعة لدعوى إرث لأن الورثة لا يستطيعون إثارة مسألة النسب استقلالا عن دعوى الإرث ، لذا فإن احكام الشريعة الإسلامية هى التى تطبق .

وليس فى الشريعة الإسلامية مدة محدودة لنفى النسب . وقد قرر بعض الفقهاء أن المدة التى يجوز فيها نفى النسب هى سبعة أيام من الولادة ، وقرر البعض الآخر أنها أربعون يوما ، وقرر آخرون انها مدة التهنئة بالمولود . ويرى البعض أنه يجب نفى النسب فى مدة معقولة تخضع لتقدير القاضى يقدرها فى كل حالة بحسب الظروف والملابسات .

الفرع الثانى

ثبوت النسب بالإقرار

وتبدو أهمية ثبوت النسب بالإقرار فى الحالات التى لايثبت فيها النسب بالفراش ، كميلاد الطفل لأبوين لاتقوم بينهما رابطة زوجية ، أو خارج دائرة الحمل المتوقعة (أقل من ستة أشهر من تاريخ العقد أو بعد سنة من تاريخ الإنفصال) .

ويشترط لصحة ثبوت النسب بالإقرار عدة شروط هى :

١ - أن يكون الولد المقر له بالنسب مجهول النسب[1] ، لأنه إن كان

---

(١) المقرر فى فقه الأحناف أنه يشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فإن كان معروفا نسبه من غير المقر لايثبت نسبه منه بمجرد الاقرار لأنه=

نسبه ثابتا لأب معروف ، فإننا نكون بصدد تبنى لانسب٠

٢ - أن يسمح الواقع بنسب المولود للأب ، كأن يكون المقر فى سن يتصور منها كون الولد ابنا له ٠

٣ - وتشترط الطوائف المسيحية أن يكون الاقرار مباشر لاينطوى على حمل النسب على الغير ، وذلك كالإقرار بالأبوة أو البنوة ٠ أى أن يصدر الاقرار ممن يراد الانتساب اليه لا من شخص آخر ، كالوارث مثلا لأن الاقرار أمر شخصى ٠ معنى ذلك أن للإقرار أثر نسبى بمعنى أن أثره يقتصر على من قام به ٠ فإقرار الأب بالبنوة دون الأم لا تأثير له إلا على الأب والعكس صحيح[1] ٠ وإذا أقر أحد الزوجين فى أثناء

= لايمكن ثبوت نسبه من رجلين بل لأبيه ٠٠ إذا الحق به فى سجلات قيد المواليد وتزوج وجند بإسمه منتسبا له ، وشهد بصحة هذا النسب كل من زوجة هذا الأب وابنه عند سؤالهما فى التحقيقات الإدارية المقدم صورها فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قبل الإستئناف شكلا بما ينطوى عليه هذا القضاء من رفض للدفع بنهائية الحكم المستأنف ثم تعرض للموضوع فأيد الحكم المستأنف فيما قضى به من ثبوت نسب المطعون ضده الآخر – مورث الطاعنين – على سند من مجرد اقراره بأبوته له ، وذلك دون أن يقيم المطعون ضده البينة على عدم صحة نسبة لمن هو منسوب اليه حتى يتحقق لدى المحكمة أنه مجهول النسب ويصح اقرار الغير بابوته له ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ٠ طعن رقم ٢١ لسنة ٤٧ ق – جلسة ١٩٨٠/٥/٢١ ٠

(١) نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر له على اقرارها إن كان فى سن التمييز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة إلى إثبات سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من غير زواج شرعى كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة ٠ إذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب ، طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة ، لأن اقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعداها إلى الغير ، أما إذا كانت وقت الاقرار متزوجة أو معتدة وأقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجا لها ٠ فان النسب لايثبت بإقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها زوجها أو أن تقيم الحجة الكاملة على مدعاها لأن الإقرارمتى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة، والدعوى المجردة لاتكفى للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لاتقبل ٠ لما كان ذلك ، وكان الواقع فى الدعوى – على ماتفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه – أن المطعون عليها الأولى تستند فى ثبوت بنوتها للمتوفاة إلى اقرارها بأنها ابنتها من زوجها ٠٠ الذى تزوجته بعقد عرفى ودون أن تدعى مصادقة الزوج المذكور على نسبتها اليه أو على الزوجية المدعاة ، فإن هذا الاقرار لايكفى لإثبات البنوة لما فيه من تحميل النسب على الغير وإنما وجبت اقامة الحجة عليها وعلى الفراش المدعى=

الزواج ببنوة ولد غير شرعى رزق به قبل الزواج من شخص آخر غير زوجه • لايجوز أن يضر بهذا الزوج ولا بالأولاد المولودين من ذلك الزواج •

ونظرا لأن الاقرار قد يضر ببعض الأشخاص كالورثة ، فإنه يجوز لكل ذى شأن أن ينازع فى إقرار الأب أو الأم بالبنوة ، وفى إدعاء الولد لها •

أما الشريعة الإسلامية فتعرف إلى جانب الاقرار المباشر الاقرار غير المباشر ، أى الذى ينطوى على تحميل النسب على الغير ، وذلك كإقرار الأخوة ، ولكن يلزم فيه أحد أمرين : إما تصديق من يحمل النسب عليه أى الأب ، وإما أن يثبت هذا النسب بالبينة ، حيث أن الشريعة الإسلامية تسمح بإثبات النسب بشهادة الشهود كذلك •

فإذا أقر شخص بأن فلانا أخوه فإن الأخوة لاتثبت إلا إذا ثبتت بنوة المقر له لأبى المقر ، أما إذا لم تثبت تلك البنوة فإن المقر يؤخذ بإقراره، ويترتب على ذلك أن المقر له يشارك المقر فى نصيبه فى الميراث (أى أن للإقرار أثر نسبى) •

٤ ـ لا تشترط كافة الشرائع أى شكل فى الإقرار وذلك توسعا فى فتح مجال النسب الشرعى حرصا على مصلحة الأولاد ، ومن ثم قد يكون الاقرار صريحا وقد يكون ضمنيا ، أى يستشف من أى موقف يدل على إعتراف الأب بابنه •

= بإعتبار أن النسب لايثبت مالم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت النسب • لما كان ماتقدم ، وكانت المطعون عليها الأولى قدمت للإثبات شاهدين شهد أحدهما بالزوجية والبنوة المدعى بها ولم يشهد بهما الآخر وإنما انصبت شهادته على صدور اقرار البنوة عن المتوفاة ، ومن ثم لايتوافر بهما بقية الشهادة الواجب شرعا وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول ، ولاتقوم شهادتهما بنية شرعية كاملة على النسب المدعى وسببه • طعن رقم ٢٦ لسنة ٤٧ ق " احوال شخصية" ـ جلسة ١٩٧٩/٣/٢٨ •

٥- أضاف المشرع حكما عاما مؤداة أنه لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أو راق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء.[1]

الفرع الثالث

ثبوت النسب بحكم قضائى

تجيز مجموعة الأقباط الأرثوذكس الحكم بثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين فى حالات معينة هى :

١ - حالة الخطف أو الإغتصاب إذا كان زمن حصولهما يرجع إلى زمن الحمل ٠

٢ - حالة الإغراء بطريق الإحتيال أو بإستعمال السلطة أو الوعد بالزواج ٠

٣ - حالة ثبوت وجود خطابات أو محررات أخرى صادرة من الأب المدعى عليه تتضمن إعترافه بالأبوة إعترافا صريحا ٠

٤ - إذا كان الأب المدعى عليه أو الأم قد قاما بتربية الولد والإنفاق عليه ، أو اشترك الأب فى ذلك بصفته والدا له ٠

٥ - إذا كان الأب المدعى عليه والأم قد عاشا معا فى مدة الحمل وعاشرا بعضهما بصفة ظاهرة ٠

وتلك الحالات مأخوذة حرفيا من القانون المدنى الفرنسى ، حيث يرى الشراح والقضاء أنها تشكل طرقا للوصول إلى نسب الولد غير

---

(١) م ٧ من القانون ١/٢٠٠٠.

الشرعى ، ومن ثم فهى قرائن يقيمها القانون أمام القضاء ، حيث يقدرها بنفسه ويقرر ما إذا كان من الممكن أن يحكم بالنسب من عدمه فى كل فرض على حدة • إلا أن تلك الحالات وردت على سبيل الحصر ، فلا يمكن الإدعاء أمام القضاء بإثبات النسب عن طريق تحليل الدم مثلاً •

إلا أن دعوى إثبات النسب لاتقبل فى الحالات الآتية :-

١ - إذا كانت الأم أثناء فترة الحمل مشهورة بسوء السلوك أو كانت تعاشر رجلاً آخر •

٢ - إذا كان الأب المدعى عليه فى أثناء تلك المدة يستحيل عليه مادياً ، سواء بسبب بعده أو بسبب حادث من الحوادث ، أن يكون والد الطفل •

ويضيف القانون الفرنسى ، الذى أُخذ عنه نص تلك المادة ، بعد تعديله ، حالة ثالثة مقتضاها أن الدعوى لا تقبل إذا ما أثبت الأب بطريقة تحليل الدم أو بأى طريقة علمية أخرى مؤكدة عدم أبوته للولد •

ولاتقبل دعوى ثبوت الأبوة إلا من الولد ، أو من الأم إذا كان الولد قاصر ، وترفع الدعوى على الأب المدعى ثبوت النسب اليه أو على ورثته •

ويسقط حق الأم فى رفع الدعوى بمرور سنتين من تاريخ الوضع • ويستطيع الابن أن يرفعها ببلوغه سن الرشد ، ويسقط حقه بمرور سنه من هذا التاريخ •

إثبات البنوة والأمومة :

إذا تمت البنوة بناء على واقعة الميلاد فى ظل الفراش الشرعى ، أمكن اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات ، فالأمر يتعلق بوقائع قانونية •

وتسهيلاً لذلك أوجب القانون التبليغ عن المواليد خلال ١٥ يوماً من

تاريخ الولادة إلى مكتب السجل المدنى • ويشتمل التبليغ على زمان ومكان الولادة ، وكذلك بيانات الأبوين •

ولذا يمكن إثبات البنوة أو الأمومة عن طريق مستخرج من السجلات متضمناً صورة من القيد فى سجل المواليد ، وإن لم يوجد هذا الدليل أمكن إثبات ذلك بكافة الطرق • وذلك كشهادة الشهود[1] وشهادة الميلاد وحيازة الحالة أو الصفة ، ويقصد بها توافر عدة قرائن أو وقائع تدل على بنوة الشخص لشخص آخر ، كحمل الإسم أو شهرته بين الناس ، ومعاملتهم له على هذا النحو، وتولى الشخص شئون تربيته وحضانته إلى غير ذلك •

مبادئ قضائية فى اثبات النسب :

استقر القضاء على عدة مبادئ قانونية ــ مأخوذة عن الشريعة الإسلامية ــ فى إثبات النسب نورد أهمها :

- النسب حق من حقوق الله تعالى ، وهو من النظام العام ، ويسعى ولى الأمر فى بحثه وتقصى حقيقته بشتى السبل دون أن يلتزم ذات السبيل الذى ينهجه صاحبه •

- أن ثبوت النسب حق أصلى للولد والأم ، ويتعلق به حق الله تعالى ، ولا حق للأم فى اسقاط حقوق ولدها ، فإذا تركت الأم الخصومة فى دعوى ثبوت النسب فإن هذا الترك لا ينصرف إلى حق الصغير أو حق الله تعالى • فرغم تنازل الأم عن دعوى النسب واقرارها بذلك فى محضر الجلسة إلا أن المحكمة رأت أن النسب يمس حق الله تعالى وحقوق الصغير جميعاً مما يتعين معه عدم اهدار تلك الحقوق ، بإقامة

---

(١)النسب كما يثبت بالفراش أو الاقرار ، يثبت بالبينة ، بل أن البينة فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الاقرار ، ولايشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان ، وإنما يكفى أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى • طعن رقم ٣٨ لسنة ٤٧ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٨٠/٣/٥ •

من يتولى الذود عنها أمام القضاء ، بعد أن تخلت أم الصغير عن الدفاع عن حقه فى اثبات نسبه ، مع أنها صاحبة الولاية على نفسه ، بإعتبار أن القاضى ولى من لا ولى له ومن حقه أن يعين له وصياً فى هذه الخصومة ، بعد أن تعارضت مصلحة الصغير القاصر مع مصلحة أمه، ليتبنى الدعوى ويسير فيها •

– استقر الفقه والقضاء على أن الأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن ، فهو يثبت مع الشك ويبنى على الإحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه من الوجوه ، ويغتفر فيه التناقض لما قد يصاحبه من لبس أو خفاء ، إذ الأصل أن يحتال فى اثباته بما هو جائز عقلاً ، حملاً لحال المرأة على الصلاح وأحياء للولد ، ويتفرع عن ذلك أنه إذا احتملت عبارة اثبات النسب وعدمه صرفت للإثبات •

– لم يشترط المشرع لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسميه ، لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية فى حالة عدم وجود الوثيقة لايمتد إلى دعوى النسب ، لأن هناك فارق بين الإدعاء بالنسب وبين أسباب الزوجية •

وإذا كان الزواج قد تم بعقد عرفى ، لايشترط فى إثباته تقديم هذا العقد بل يكفى أن يثبت بالبينة وقرائن الأحوال حصوله وحصول المعاشرة الزوجية تنفيذاً له ، كما أنه ليس بلازم أن يشهد الشهود بحضور مجلس ذلك العقد العرفى بل يكفى أن يشهدوا بعلمهم بحصوله، لأن الشهادة بالتسامع جائزة هنا بشرط أن لايصرح الشاهد فى شهادته بلفظ اسمع أو سمعت •

– إذا كان الزواج قد تم بعقد عرفى لم يحرر به سند ولم يحضره شاهدان فإن هذا الزواج يكون فاسداً لفقدانه شرط من شروط صحته شرعاً • ومن المجمع عليه بين الفقهاء أن النسب يثبت فى النكاح الفاسد

احتياطياً فى اثباته وإحياء للولد حتى لايبقى بدون والــد يربيــه ، ولأن الفساد ينفى حل الوطء لاثبوت النسب ، والعبرة فــى النكــاح الفاســد بالدخول، فيثبت الفراش فيه من حين الدخول لابمجرد العقد كمــا فــى النكاح الصحيح .

- يثبت النسب بالفراش والإقرار، كما يثبت بالبينــة فــى الشــريعة الإسلامية ، فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بثبوت النسب على دعامــات عدة من بينها شهادة الشهود واستخلص منها مايتفق والثابت فى محضر التحقيق ، وكان الدليل المستمد منها يكفى لحمله ، فإن استخلاص الواقع منها أمراً يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل .

- أن تحليل دم الصغير تمهيداً لإثبات اختلاف فصائل دمــه عــن دم والده واتخاذ هذا الإختلاف دليلاً قوياً على أنه ليس من صلبه هو طلــب غير منتج ، إذ المقرر شرعاً أن الولد للفراش والــزوج لاينكــر قيــام الزوجية والاتيان بالولد على فراشها ، ولايمكن الركون إلى نتيجة تحليل الدم فى نفى النسب أو إثباته فقد ثبت طبياً أنه ليــس حتميــاً أن تكــون فصيلة الدم من نوع واحد فى شخصين معترف بعلاقتيهما ببعض كرجل وابنه ، وقد تتحد فصيلة الدم بين شخصين لا رابطة بينهما ، وقد تختلف الفصائل بين دم المولود وأبيه وتتحد بين دم الوالــــد وأحــد أجــداده ، والخلاصة أن الدليل المستمد من تحليل الفصائل ليس من الأدلة القطعية بل هو من الأدلة الظنية والأحكــام لاتبنــى علــى مجــرد الفــروض والظنون .

- النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح ومايلحق بــه من المخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة .

- الزواج بغير شهود زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيــح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقى .

– القاعدة فى اثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لانزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية[1] ٠

– إن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة ــ الزنا لايثبت نسباً ٠

– ولادة الزوجة أو المطلقة فى زمن لايقل عن ستة اشهر من تاريخ الزواج ــ الولادة أقل من ستة اشهر من زواجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه ــ لا يثبت النسب ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام[2] ٠

– ثبوت النسب حق أصلى للأم وفى ذات الوقت حقاً أصلياً للولد ــ يشترط فى الخصم الذى يوجه إليه الطعن أن تكون له مصلحة فى الدفاع عن الحكم المطعون فيه ــ اختصام المطعون ضدهم بصفتهم ورثة المرحومة المطلوب ثبوت النسب إليها وليكون حجة عليهم ــ يكون لهم صفة فى الطعن ٠

ان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن ثبوت النسب حق أصلى للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تُعير بولد ليس له أب معروف ، وهو فى ذات الوقت حقاً أصلياً للولد لأنه يرتب له حقوقاً بينها المشروع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والإرث ، وانه يشترط فى الخصم الذى يوجه إليه الطعن أن تكون له مصلحة فى الدفاع عن الحكم المطعون فيه ، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الأولى اختصمت المطعون ضدهم من الثانى للأخيرة بصفتهم ورثة المرحومة ٠٠ المطلوب ثبوت النسب إليها وليكون الحكم حجة

---

(١) نقض ١٩٩٦/١٢/٣٠ طعن ٥٩ س ٥٦ ق ٠

(٢) نقض ١٩٩٦/٤/٢٢ طعن ١٦٩ س ٦٢ ق ٠

عليهم ومن ثم يكون لهم صفة فى الطعن ويكـون الدفـع علـى غـير أساس[1] .

- ثبوت النسب ـ تعلقـه بحق الأم وحق الصغير وبحق الله تعـالى ـ الأم لا تملك اسقاط حق وليدها ـ إعتبار الصغير ماثلاً فى دعـوى النسب وأن لم يظهر فى الخصومة بإسمه ـ عله ذلك .

لئن كان ثبوت النسب ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمـة ـ يتعلق بحق الأم وحق الصغير وبحق الله تعالى ، ولاتملك الأم اسـقاط حق وليدها فى هذا المجال ، فإن الدعوى التى ترفعـها الأم أو الغـير بطلب ثبوت نسب الصغير ، يعتبر الأخير ماثلاً فيها ، وإن لم يظهر فى الخصومة بإسمه ، لنيابة مفترضة فى جانب رافعها ، لما ينطوى عليـه من حق للخالق ، يصح أن ترفع به الدعوى حسبه[2] .

- يثبت النسب فى جانب الرجل بالفراش والبينة والإقرار ـ الإقرار بالنسب إذا صدر مستوفياً شرائطه فإنه لايحتمل النفى ولاينفـك بحـال سواء كان المقر صادقاً أم كاذباً .

- إذا كان الحمل ظاهراً أو صدر الإعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما فى البطن ، ونفى النسب لايكون معتبراً ـ شروط انقطاع النسب ونفيه .

- الإقرار بالنسب كما يكون باللفظ الصريح يجوز أن يسـتفاد مـن دلالة التعبير أو من السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول[3] .

---

(١) طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٩ ق (أحوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩١/٢/٥ .

(٢) طعن رقم ٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ .

(٣) نقض ١٩٩٦/١٢/١٦ طعن ٣٠١ س ٦٢ ق .

- النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش أوالبينة أو الإقرار ـ وهو بعد الإقرار لايحتمل النفى ·

المقرر فى قضاء هذه المحكمة من أن النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبينة أو الإقرار ، وهو بعد الإقرار لايحتمل النفى ولاينفك بحال ، وكان الراجح فى مذهب الأحناف ثبوت النسب بهذا الطريق دون أن يقرن به ما يبين وجهه ، حتى لو كانت الظواهر تكذبه · لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضده الأول مثل أمام محكمة أول درجة بجلسة ١٩٨٥/١١/٢٦ وأقر بنسب الصغيرة "شريفة" إليه ، وهو مايكفى لثبوت نسبها منه ، ومن ثم لايملك بعد ذلك نفيه أو العدول عن اقراره ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بنفى نسب الصغيره الى المطعون ضده الأول رغم اقراره بهذا النسب فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وخالف الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه[١] ·

- الإقرار بغير الأبوة أو البنوة ـ لايثبت به النسب إلا بتصديق من حمل عليه أو البرهنة عليه البينة ـ وجوب معاملة المقر بإقراره·

المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الإقرار بغير الأبوة والبنوة ـ كالاقرار بالخؤولة موضوع الدعوى الماثلة ـ وإن كان لايثبت به النسب إلا بتصديق من حمل عليه أو البرهنة عليه بالبينة لأن فيه تحميلاً له على الغير ، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وسائر الحقوق التى ترجع اليه كما لو كان النسب ثابتاً من المورث حقيقة ، وكان الواقع فى الدعوى على ماتفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن الأول وقع على وثيقة زواج المطعون عليها بوصف أنه خالها ووكيلها فى عقد قرانها وأنه وقع مع الطاعنة الثانية على محضر احتفظ به أفاد أن

---

(١) طعن رقم ١١٣ سنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/١/١٥ ·

المورثة توفيت عنها وعن ابنتها المطعون عليها ، كما أن الطاعنة الثانية تقدمت بطلب لإستصدار إشهاد شرعى أقرت فيه ببنوة المطعون عليها المتوفاة ، فإن الحكم المطعون فيه إن أقام قضاؤه بثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة على سند من اقرار من حمل عليه النسب وهى المتوفاة طبقاً لما سلف بيانه بما ينطوى عليه من تصديق للإقرار المنسوب للطاعنين والذى تأيد بالبينة التى تقدمت بها المطعون عليها فإنه يكون قد أصاب[1].

- اقرار الأب بالبنوة قبل وفاته فيه تحميل للنسب على نفسه ـ يسرى فى حقه وحق غيره سواء مثل هذا الغير فى الدعوى أم لم يمثل .

إن الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الأولى أقامت الدعوى بطلب إثبات نسب الصغيرة " عزة " إلى أبيها المرحوم..... على سند من اقراره ـ قبل وفاته ـ بثبوت نسبها إليه ، والثابت بعدة أوراق رسمية منها بطاقته العائلية ، وصورة الطلب المنسوب له تقديمه لمديرية التعليم لإلحاق ابنته الصغيرة " عزة " بالتعليم ، وصورة إستمارة معاشه ثابت بها إسم الصغيرة " عزة " منسوبة إليه . لما كان ذلك وكان الإقرار بالنسب اخبار عن صلة ثابتة ومستقرة فى الواقع ، ولايمكن أن يكون إنشاءاً له ، فإن إقرار الأب بالبنوة قبل وفاته فيه تحميل للنسب على نفسه ، ويسرى فى حقه وحق غيره سواء مثل هذا الغير فى الدعوى أو لم يمثل . وإذا استخلص الحكم المطعون فيه سائغاً من الأوراق صحة إقرار المورث ـ حالة حياته ـ بأبوته للصغيرة ، فإنه يكون قد استخلص صلة ثابتة ـ هى تحميل نسب الصغيرة على نفسه ـ فيسرى هذا الإقرار فى حق من اختصم من ورثته ويكون الدفع على غير أساس[2] .

---

(١) طعن رقم ١٧ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢ س ٢٩ ٥٦٨ .

(٢) طعن رقم ٩٩ لسنة ٥٨ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٩١/٦/١١ .

– المقرر فى فقه الأحناف أن النسب كما يثبت بالفراش وبالبينة يثبت بالإقرار – متى ثبت الإقـــرار به مستوفياً شرائطه فإنه لايحتمل النفى ولاينفك بحال – إذا أنكر الورثة نسب الصغيرة بعد اقرار الأب به فــلا يلتفت إليه .

ان المقرر فى فقه الأحناف أن النسب كما يثبت بالفراش وبالبينـــة فإنه يثبت بالإقرار ، ومتى صدر الإقرار به مســتوفياً شــرائطه فإنــه لايحتمل النفى ولاينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً فى الواقع أم كاذباً، لأن النفى يكون انكاراً بعد الإقرار فلا يسمع ، وإذا أنكر الورثة نســب الصغير بعد إقرار الأب به فلا يلتفت إليهم لأن النسب قد ثبت بـــإقرار المقر وفيه تحميل النسب علىَ نفسه ، وهو أدرى من غيره بما أقر بـــه فيرجح قوله على قول غيره . لما كان ذلك ، وكان المتفق عليه عنـــد فقهاء الحنفية أن الإقرار كما يكون بمجلس القضاء يصح أن يكون فـــى غيره ، وفى هذه الحالة يجوز للمدعى إثباته بالبينة ويكون المقر فيـــها كأنه أقر به أمام القاضى ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتـــد بـــإقرار المورث الذى استخلصه من استخراجه شهادة ميلاد للصغيره وبطاقتــه العائلية منسوبة فيهما إليه ومن طلب إلحاقها بالمدرسة الذى قال فيـــها أنها نجلته ، وهو ماينطوى على اقراره ببنوة الصغيرة إليه بنوة ثابتـــة ومستقرة ، ومن ثم لايحتمل النفى ، ولاينفك بحال ، وإذ كان لايجـــوز للمقر نفسه أن ينفى النسب بعد اقراره لأن النفى انكار بعد الإقرار فـــلا يسمع فإنه لايجوز – من باب أولى – لورثته أن ينفوا هذا النسب الذى أقر به المورث وتحمله على نفسه ، ومن ثم لايتوقف نفاذ اقراره علـــى تصديق ورثته ولايلتفت إلى إنكارهم ، ويرجح قوله على قولهم ، لمـــا كان ذلك ، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه من اســتخلاص إقــرار المورث ببنوة الصغيرة إليه قبل وفاته له أصله الثـــابت فـــى الأوراق ويكفى لحمل النتيجة التى إنتهى إليها ، ويتفق مع ماهو مقرر فى الفقــه الحنفى الواجب الإتباع ، وفيه الرد على ما أثارة الطاعنون مـــن عـــدم

وجود مال فى الدعوى أو أن المطعون ضدها الأولى عاقر لاتلد ، فإن النعى عليه بسببى الطعن يكون على غير أساس[1] .

- نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها متى لم تكن له أم معروفة ـ طالما كان مثله ممن يولد لمثلها ـ وأن يصادقها المقر على إقرارها إن كان فى سن التمييز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة إلى إثبات .

- لئن كان التبنى يعد حراماً وباطلاً فى الشريعة الإسلامية ـ لايترتب عليه أى حكم من الأحكام الشرعية الثابتة ـ إلا أن من المقرر أن النسب يثبت بالدعوى وهى الإقرار المحرر بالنسب بما ينطوى عليه من إعتراف ببنوة الولد متى كان فعله لولد المثل المقر سواء كان صادقاً فى الواقع أم كاذباً[2] .

- فى حالة قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقاً أو بالغاً ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى اقرار أو بينه إذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما أن يكون نفيه وقت الولادة ، وثانيهما أن يلاعن امرأته إذا تم اللعان بينهما مستوفياً لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحق بأمه .

- الأصل فى النسب الإحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الإحتمالات النادرة التيمكن تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وأحياء للولد .

من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش ، وفى حالة قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل بأن كان مراهقاً أو

---

(١) طعن رقم ٩٩ لسنة ٥٨ ق(أحوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩١/٦/١١ .

(٢) نقض ١٩٩٧/٣/١٧ طعن ٢٧ س ٦٣ ق .

بالغا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينه ، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما : أن يكون نفيه وقت الولادة ، وثانيهما : أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه ، والأصل فى النسب الإحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك ، وينبنى على الإحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه حملا لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد ، لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه وبين الطاعنة ، وأنه وإن نفى نسب المولودة ... إليه عقب ولادتها مباشرة إلا أنه لم يلاعن امرأته ومن ثم فلا ينتفى نسبها منه ، إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض دعوى الطاعنة بثبوت نسب الصغيرة للمطعون ضده ، وفى دعوى المطعون ضده بنفى نسب الصغيرة إليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه ، على أن يكون مع النقض الإحالة ، دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن[1] .

– دعوى النسب يجوز إثباتها بالبينة إذا احتملت العبارة إثبات النسب وعدمه صرفت للإثبات وأجيزت فيه الشهادة بالشهرة والتسامع واغتفر التناقض فيها – إذا تعارض ظاهران فى النسب قدم المثبت له .

أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دعوى النسب باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية ويجوز اثباتها بالبينة ، وانه إذا احتملت العبارة " إثبات النسب وعدمه صرفت للإثبات وأجيزت فيه الشهادة بالشهرة والتسامع واغتفر التناقض فيها ، وإنه إذا تعارض ظاهران فى النسب قدم المثبت له " . لما كان ذلك ، وكان الحكم الإبتدائى – المؤيد بالحكم المطعون فيه – قد أورد فى مدوناته أن

(١) نقض مدنى – طعن رقم ٤٧ لسنة ٦٣ ق أحوال شخصية – جلسة ١٩٩٧/١/٢٧ .

شاهدتي المطعون ضدها شهدتا بالزواج في أوائل سنة ١٩٧٦ والدخول والمعاشرة والرزق بالصغير " باسل " وأن الشاهد الثالث ـ وهو زميل المطعون ضدها في العمل ـ شهد بتردد الطاعن عليها في عملها وشهدها تستقل معه بسيارته ، وأنه تردد عليها في بيتها حيث كان الطاعن يفتح له الباب مرتديا ملابس منزلية ، وأضاف أنه شاهد المطعون ضدها حاملا في أواخر سنة ١٩٧٦ وكان الطاعن يصحبها من العمل ، وهو مايكفي وحده لحمل قضاءه ، وكان المقرر في فقه الأحناف أن الولد للفراش ، فإن الحكم المطعون فيه ـ المؤيد للحكم الابتدائي بثبوت نسب الصغير الذي جاء ثمرة هذا الفراش لايكون معيبا بالفساد في الإستدلال ، ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس .

– المقرر عند الأحناف أن النسب يحتاط في اثباته بما لايحتاط في غيره إحياء للولد ، وأجازوا بناءه على الإحتمالات النادرة التي يمكن قصورها بأي وجه حملا لحال المرأة على الصلاح واحياء للولد ، كما اثبتوا النسب مع الشك .

– اثبات النسب ـ إذا استند الى زواج صحيح أو فاسد ـ يجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لانزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية .

لما كانت القاعدة في اثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لانزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية ، وكان الحكم الابتدائي ـ المؤيد بالحكم المطعون فيه ـ قد أقام قضاءه بإثبات نسب الصغير بالفراش على ماخلص اليه من الأوراق من عدل شهود المطعون ضدها وصدقهم بأن التلاقي قد تم بينها وبين الطاعن وشاع أمرهما كزوجين

وأن الطفل " باسل " هو ابن للطاعن ومن صلبه رزق به على فـــراش الزوجية ، وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثـــابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه ، فإن النعى عليه بهذا السبب لايعـــدو أن يكون جدلا موضوعيا فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل ممـــا لايجوز اثارته أمام هذه المحكمة[١] ٠

المطلب الثانى
الرضاعة والحضانة والضم

الفرع الأول
الرضاعـــــة

(أ) طبيعة حق الرضاعة :

الرضاعة حق للطفل وحق للأم كذلك ، فهى أحق الناس بإرضـــاع طفلها بنفسها لكونها أكثر الناس حنانا ورفقا به ٠ وإرضاع الأم لولدهـــا واجب عليها ديانة لا قضاء بمعنى أنها إذا امتنعت عن الإرضاع تـــأثم عند الله ، ولكن القاضى لايجبرها عليه ، لأن إمتناعها دليل عجزها عن ذلك لأنها أبر الناس بالابن ٠ والواجب الدينى فـــى الأرضـــاع يكـــون بالنسبة لجميع الأولاد ذكورا وإناثا ، سواء كانت مقيمة مع زوجـــها أم مفترقة ، أى حال قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها ٠

ولكن الأم تجبر على على إرضاع طفلها فى حالات ثلاث : **الأولى:** إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعه ولم توجد متبرعـــة ، **الثانية** : إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها ، **الثالثة** : إذا كان الولـــد لايقبل ثدى غيرها ٠

---

(١) طعن رقم ٣١ لسنة ٥٩ ق (أحوال شخصية) ــ جلسة ١٩٩١/٦/١١ ٠

(ب) أجرة الرضاعـــة :

لاتستحق الأم أجرا عن الإرضاع حال قيام الزوجية ، أو فى عـــدة الطلاق الرجعى أو البائن اكتفاء بما تاخذه من نفقة ، إذ لايجوز الجمـــع بين النفقة وأجر الرضاعة • وتستحق الأم أجرا إذا كان الأرضاع بعـــد انقضاء الزوجية وكانت غير مستحقة النفقة على زوجها أبى الرضيـــع ، وكذلك فى الحالات التى تجبر فيها على الإرضاع وتحدد بالإتفـــاق أو أجر المثل •وتستحق الأجرة من وقت الإرضاع •

إذا لم ترضع الأم الطفل ، ولم توجد امرأة متبرعـــة بإرضاعـــه ، وجب على الأب استئجار مرضعة لترضعه فى المكان المتفق عليـــه • والأم أحق من غيرها بإرضاع ولدها مالم تطلـــب أجـــرة أكـــثر مـــن الأجنبية• ولاتجبر الأجنبية على الإرضاع إلا إذا كان الطفـــل لايلقـــم سوى ثديها، ولها أجر المثل •

وتتفق الشرائع على أن مدة الرضاع سنتان من يوم ميلاد الطفـــل ، وتجب أجرة الرضاعة فى مال الصغير ، فإن لم يكن له مال لزمت أباه أو من تجب عليه نفقته • وتعتبر الأجرة (سواء للأم أو للمرضع) دينا فى ذمة الملتزم بها ولاتسقط بموته بل تجب فى تركته •

الأحكام السابقة مأخوذة من الشريعة الإسلامية وهى المطبقة فى هذا الشأن بوصفها الشريعة ذات الولاية العامة • بالإضافة إلى أن الشـــرائع الطائفية لاتتضمن تفصيلا فى هذا الصدد ، والأحكام القليلـــة الـــواردة لاتخرج عن تلك التى أوردتها الشريعة الإسلامية •

الفرع الثانـــى

الحضانـــة

الحضانة هى ولاية تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شئونه حتى سن معينة ٠

(أ) أصحاب الحق فى الحضانة :

حرصا على مصلحة الصغير ورعايته فى الفترة الأولى من حياته ، جعل الشارع حق حضانة الصغير أولا لمحارمه من النساء مـن جهـة النسب ، ثم لمحارمه من العصبة ، ثم لمحارمه من غـير العصبـة ٠ فتقديم النساء على الرجال فى الحضانة راجع لكونهن أقدر على رعايـة الصغير والعناية به فى المرحلة الأولى من حياته ٠

تجمع الشرائع أن الحضانة تكون فى الأصل للأم ، وإلا فلمن يليـها من النساء من قريبات الولد ، على إختلاف وتفصيـل بيـن الشـرائع الطائفية ٠ وعند عدم وجود قريبة أهل للحضانة انتقلت إلى الأب ، ثـم أقارب الولد من الرجال ، من العصبات ، ثم لذوى الأرحام ٠

وبالنسبة للمسلمين يثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحـارم مـن النساء ، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبراً فيـه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :-

الأم ، فأم الأم وإن علـت ، فـأم الأب وإن علـت ، فـالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوال ، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بـالترتيب المذكـور ، فعمـات الأم بالترتيب بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور ٠

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة ، أو انقضت مدة حضانةالنساء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة ٠

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق فى الحضانة الى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى : الجد لأم ، ثم الأخ لأم،ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم ، ثم الخال الشقيق،فالخال لأب، فالخال لأم[1] ٠

(ب) طبيعة حق الحضانة :

اختلف الفقهاء فى تكييف حق الحضانة ، فذهب البعض إلى أنه حق الحاضنة لها أن تتنزل عنه ولاتجبر عليه ٠ وذهب آخرون إلى أنه حق للصغير تجبر عليه الحاضنة ٠ والراجح أنه حق للحاضنة والطفل معا وأن أقوى الحقين هو حق الطفل ومصلحته مقدمة على مصلحة أبويه ٠

*** ويترتب على أن الحضانة حق للطفل :**

١ - أنه إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها ، بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم أو وجدت من دونها وامتنعت ، فحينئذ تجبر إذا لم يكن لها زوج أجنبى ٠

٢ - ليس للأم أن تتفق مع الأب على اسقاط حقها فى الحضانة، لأن فى ذلك تفويت لحق الصغير فى البقاء فى يدها ، ولايجوز الإتفاق على اسقاط هذا الحق ٠

٣ - تجبر الأم على الحضانة إذا لم توجد حاضنة غيرها ٠

---

(١) م ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية بعد تعديلها بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ٠

* ويترتب على أن الحضانة حق للحاضنة :

١ - ليس للأب أن يأخذ الصغير من الحاضنة إلا بمبرر شرعى ، كتخلف أحد شروط الحضانة أو وجود متبرعة أو من ترضى أجرا أقل للحضانة .

٢ - ليس للأب أن ينقل الصغير من البلد الذى تقيم فيه الحاضنة لما يترتب على ذلك من تفويت حقها فى الحضانة .

٣ - أنه لو كان للصغير مرضعة غير حاضنته وجب عليها أن ترضعه فى مكان الحضانة حتى لايفوت حقها فى الحضانة .

(ج) الشروط الواجب توافرها فى الحاضن :

لايكفى أن يكون الشخص من بين الطوائف المذكورة فيمن لهم الحق فى الحضانة بل يلزم أن يكون أهل لذلك . وهناك عدة شروط لتوافر هذه الأهلية هى :

١ - يلزم أن يكون الحاضن بالغا ، وهذا ما تستلزمه معظم الشرائع الطائفية إلا أن بعضها يزيد اشتراط بلوغ الشخص سنا معينة ، فالأقباط الأرثوذكس يشترطون بلوغ الحاضنة أكثر من ١٦ سنة والحاضن أكثر من ١٨ سنة .

٢ - يشترط أن يكون الحاضن عاقلا .

٣ - يشترط كذلك ألا يكون من له الحضانة متزوجا بغير محرم للصغير وذلك لأن الزوج المحرم سيكون مصدر عطف وحنان للصغير كقريب له .

٤ - يجب ألا يكون الأب أو الأم المراد إعطاء الحضانة له السبب فى الطلاق . فحضانة الأولاد تكون للزوج الذى صدر حكم الطلاق

لمصلحته .

٥ - يلزم أن يكون الحاضن من نفس ديانة الطفل المحضون ، وإن كانت الشريعة الكاثوليكية تتطلب أن يكون الحاضن كاثوليكيا .

٦ - يشترط أن يكون الحاضن أمينا وقادرا على حفظ الولد وتربيته ، وتلك مسألة يقدرها قاضى الموضوع . فقد حكم بأن الأم لاتحرم من حضانة ولدها إلا إذا كانت لاتؤمن على أخلاقه ونفسه ، بسبب اعوجاج سلوكها وهو ما أرادت المحكمة تحقيقه .

وحكم بأن احتراف المرأة عملا لاينال أهليتها للحضانة بشرط أن يكون الولد مصونا غير ضائع لايخشى عليه . فالتدريس لايقدح فى قدرة المرأة على تربية الصغير ، أما إذا كانت الأم تعمل ممرضة خاصة ويكثر تغيبها عن المنزل أثناء الليل فلا تصلح لحضانة بنتها البالغ عمرها ثمانية شهور .

وحكم بأنه يشترط فى الحاضنة أن تكون أمينة على محضونها قادرة على تربيته التربية النافعة ، فإذا كانت الحاضنة غير ذلك بأن كانت ماجنة وفاسقة يستلزم ضياع محضونها سقط حقها فى حضانته والغريب أنه قد حكم بأن الأم وإن اتصفت بالفسق تكون رغم ذلك أهلا لحضانة ولدها طالما كانت غير مشغولة عنه .

والمسألة فى حقيقة الأمر لاتعدو أن تكون أسس عامة يستهدى بها قاضى الموضوع فى ضوء كل نزاع على حدة ومايتميز به من وقائع ومصالح متعارضة فهو يقدر أساسا مصلحة الصغير وأفضل الطرق لتحقيقها على ضوء ظروفه العائلية[1] .

---

(١) متى كان الحكم قد نفى فى أسباب سائغة عن الأم أهليتها لحضانة ولدها فإن الجدل فى ذلك لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الحكم لمقتضيات حرمان الأم من الحضانة مما لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض .نقض ١٩٥٨/٣/٢٧ س ٩ص ٢٥٩ .

فقد حكم بأنه يتعين أعمال اتفاق الزوجين بالنسبة لحضانة أولادهما لأن الاتفاق ملاحظ فيه مصلحة الأولاد ٠

وقضى بأن المنصوص عليه شرعا ، وهو ما يتفق وشريعة الزوجين ، فى الحضانة حقوق ثلاث : حق الصغير ، وحق الحاضنة ، وحق الأب ٠ وهذه الحقوق إذا اجتمعت وأمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها أولا٠ فإن تعارضت فحق الصغير مقدم على حقيهما جميعا لأن مدار الحضانة على نفع الولد،وذلك فمناط ضم الصغير ليس مجرد ثبوت حق الأم فحسب كما تقول الزوجة وإنما المناط حيث هو انتفاء المضارة كما أن حق الأم لايسقط لمجرد التنازل عنه كما يقول الأب وإنما تجبر الأم على الحضانة إذا تعينت ، بأن انتفت المضارة من بقاء الصغير فى يدها ولم يوجد له حاضنة غيرها ٠

وقضى كذلك " لما كان الثابت أن الصغير لم يبلغ سن السابعة ومن ثم فإن حضانته تكون لجدته لأمه وليس هناك أى مبرر لنزعة منها لأنه لم يثبت من وجوده معها إحتمال أى ضرر مادى أو أدبى له ٠

أما الإبن الأكبر فإنه وان كانت سنه قد بلغت السابعة أى تخطى سن الحضانة ألا أن المحكمة تتبين من ظروف الدعوى وملابسات النزاع الذى كان قائما بين الأب وزوجته عدم توفر حنان الأب قبل أولاده ، وأنه إذا كان الأب المستأنف يرى أن العدالة عدم التفرقة بين الأخوين ولذلك فهو يطلب ضم الصغير الذى لم يبلغ سن انتهاء الحضانة ٠ فإن هذه العدالة بعينها والرغبة فى عدم التفرقة بين الأخوين هى التى تملى بقاء الأخ الأكبر مع أخيه الصغير الذى لايمكن نزع حضانته من جدته وعلى العكس إمكان ابقاء الأكبر مع جدته " ٠

فالحضانة كما نرى أمر ينطوى على كثير من الإعتبارات النفسية والإجتماعية والأدبية والمالية يقدرها قاضى الموضوع موازنا بين

كافة المصالح مع الأخذ فى الإعتبار مصلحة الصغير بالدرجة الأولى ٠

ويلزم توافر الشروط السابقة فى الحاضن وإلا انتقلت الحضانة لمن يليه فى الترتيب ، ويلزم توافر تلك الشروط طوال مدة الحضانة وإلا نزع الصغير من الحاضن ، وبصفة خاصة إذا خشى تعرضه لأية مضرة أدبية أو مادية ٠ لذلك فكل إجراءات الحضانة وقتية بطبيعتها وقابلة للتعديل الذى تتطلبه مصلحة الأولاد ٠

فالقاضى يتمتع بسلطة واسعة فى تقدير مسائل الحضانة وفى إعادة النظر فيها على ضوء مصلحة الصغير وتغير الظروف المحيطة به ، ومعظم حالات الحضانة تحوز احكامها حجية موقوته بالظروف التى صدرت فيها ، بحيث إذا ماتغيرت فلا يوجد ما يمنع القاضى من إعادة النظر فى النزاع تحت الظروف المستجدة ، فعدم أمانة الحاضنة إذا ما طرأ سببه بعد حكم الحضانة يستوجب إعادة بحث حق الحاضنة فى حضانتها ٠

(د) أجر الحضانة والمسكن :

إذا كانت الحاضنة هى الأم ، فليس لها أجرا طالما أنها فى رحاب الزوجية ، وكذا إذا كانت لاتزال فى العدة لأنها تستحق نفقة ، فلا يجوز لها أن تجمع بين نفقتها وأجرة حضانتها ٠ تستحق الأم أجرا عن الحضانة إذا انتهت عدتها ٠ وإذا كانت الحاضنة غير الأم فلها أجرة الحضانة ما لم تكن متبرعة ٠

وتختلف أجرة الحضانة عن أجرة الرضاعة ، وهى واجبة فى مال الصغير إن كان غنيا ، فإن لم يكن له مال لزمت أباه أو من تجب عليه النفقة ٠ وتستحق الأجرة من وقت القيام بالحضانة ، بدون توقف على قضاء القاضى ، وتعد دينا صحيحا لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ٠

والأصل أنه إذا كان من تلزمه النفقة موسراً ويخدم مثل أولاده وجب عليه أن يستأجر خادماً لولده المحضون • وإذا لم يكن للحاضنة مسكن وجب توفير المسكن الملائم لها وللمحضون •

إلا أنه أمام أزمة الإسكان الطاحنة ثارت المشكلة حول توفير مسكن الحضانة وبالتالى مدى أحقية الزوجة الحاضنة فى مسكن الزوجية بعد الإنفصال بين الزوجين • لذا احتلت الحضانة مكانة بارزة من الناحية العملية لإرتباطها بمصير الشقة •

كان العمل جارياً عند انفصال عرى الزوجية على أن يحكم القاضى بمبلغ من المال للأم مقابل الرضاعة والحضانة متضمناً ذلك أجرة السكن • ولم يكن الأمر يشكل صعوبة فى البداية حيث كانت الزوجة تعود إلى منزل أسرتها أو تستأجر سكناً خاصاً بها وبأولادها •

(ل) قانون مسكن الزوجية :

زاد الأمر تعقيداً أمام تفاقم أزمة الإسكان وحدتها بحيث لم تعد شقة الأسرة تتحمل ابنتهم المطلقة وأولادها ، وأصبح من العسير على الزوجة توفير مسكن خاص بها لتطلب ذلك مبالغ طائلة • ولم يجد المشرع أمامه سوى شقة الزوجية حيث فضل إعطاء أولوية الإستمرار فيها للزوجة وأولادها لأن الزوج يستطيع بمفرده أن يتدبر أمره بطريقته الخاصة فهو أقدر على ذلك •

وان كان القضاء من الناحية العملية يلجأ فى كثير من الأحيان إلى تمكين الطرفين الزوج والزوجة الحاضنة من الشقة رغم انفصالهما إذا كانت الظروف الإقتصادية للزوج لاتسمح بإيجاد سكن مستقل • ولعل ذلك قد يخلق فرصاً عديدة للتصالح بين الزوجين ، بل والتفكير أكثر من مرة قبل الإقدام على الطلاق ، مما يقلل كثيراً من حالاته ويلزم الأزواج

بالتعايش فيما بينهما . وهذا يؤكد تأثير العامل الاقتصادى فى الروابـط الإجتماعية عامة والأسرية خاصة ، ومدى تفاعل الروابط القانونية مـع الأوضاع الاقتصادية القائمة فى الجماعة .

وقد كانت نقطة البداية فى هذا التطور صدور القـانون ٤٤ لسـنة ١٩٧٩ حيث نص فى مادته الرابعة على أن " للمطلقة الحاضنـة بعـد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ، مـالم يـهيئ المطلق مسكنا آخر مناسبا ، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقـة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقـه ابتـداء الإحتفاظ به قانونا .. وتختص المحكمة الإبتدائية بالفصل فى ذلـك .. ويجوز للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيمـا يثـور بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصـل المحكمـة نـهائيا فـى النـزاع."

إلا أن هذا القانون حكـم بعدم دستوريته لصـدوره مـن السـلطة التنفيذية فى غيبة مجلس الشعب دون توافر الظروف الاستثنائية التـى تبرر الحلول محل السلطة التشريعية .

وصدر القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ليتضمن نفـس أحكـام القـانون الملغى تقريبا ، فنص فى المادة ١٨ مكرر ثالثا : " على الزوج المطلـق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسـب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد إنقضاء مدة العدة .

ويخير القاضى الحاضنة بين الإستقلال بمسكن الزوجية وبيـن أن

يقدر لها أجر مسكن •

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً •

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها " •

ونلاحظ أن المشرع لم يوفق فى الصياغة الجديدة ، حيث جاءت مشوبة بالغموض وغير معبرة عن مراده • ويتضح ذلك مما يلى :

أولا : القاعدة أن الحاضنة لاتستقل بمنزل الزوجية إلا فى حالة عدم تهيأة الزوج لها المسكن المناسب • والمقصود بمناسبة المسكن أن يكون مناسبا للمستوى الإجتماعى والاقتصادى للزوج وابنه المحضون • ولايشترط أن يكون مناسبا لمستوى الحاضنة لأن المسكن جزء من نفقة الولد وليس من أجر الحضانة • ويستقل قاضى الموضوع بتقدير مدى مناسبة المسكن(١) •

ثانيا : كان تطبيق القانون السابق قاصرا على المسكن المؤجر ، أى أن الحاضنة لم يكن لها أن تستقل بمنزل الزوجية إلا إذا كان مؤجرا ، أما إن كان غير مؤجر (مملوك أو مخصص له من قبل العمل) فليس لها أن تستقل به بل تستحق أجرة سكن •

وجاءت الفقرة الأولى من النص الجديد حاملة نفس المعنى ، إلا أن الفقرة الثانية زادت الأمر تعقيدا بقولها " إذا كان مسكن الزوجية غير

---

(١) استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر دون مطلقها بديل استقلالها بمسكن الزوجية ــ أن يهيأ لها المطلق مسكنا آخر مناسبا • الخيار لها فى الإستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقدر لها القاضى أجر مسكن ــ لايمنع من ذلك الإتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء سواء تم الاتفاق حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق • نقض ١٩٩٢/٥/١١ طعن ١٤٣٠ س ٥٦ق •

مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لـــــهم المســـكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة " ٠معنى ذلك أن الزوج يســـتقل بالمسكن غير المؤجر إذا هيأ للحاضنة المسكن المناسب ، وما الحكم إذا لم يهيئ ذلك المسكن ؟ مفهوم المخالفة يقتضى الإجابة بأن مـــــن حـــق الحاضنة أن تستقل بمسكن الزوجية ٠ أى أن النتيجة واحـــدة والحكــم واحد فى الحالتين سواء كان المسكن مؤجــرا أم غير مؤجـــــر ، فمــا الداعى للتفرقة إذن ؟ ٠

لعل الفارق بين الفقرتين هو أن إلتزام الزوج بتهيأة المسكن المناسب فى الفرض الأول (مسكن الزوجية المؤجر) يجب أن يتم خلال مـــــدة العدة ، أما فى الفرض الثانى (مسكن الزوجية غير المؤجر) فإن تنفيذ الإلتزام السابق يمكن أن يتم بعد انقضاء العدة ٠ معنى ذلك أن الـــزوج المالك يتمتع بحرية أكبر لسببين : فهو من ناحية أمامه متسع من الوقت للبحث عن مسكن مناسب (مدة العدة ومابعدها) وهـــذه المـــدة غـــير محددة، ولكن ينبغى أن تكون معقولة وغير مرتبطة بظروف الإســـكان وإلا أصبحت لانهائية ، وتترك لتقدير القاضى ٠ أما الزوج المســـتأجر فعليه توفير المسكن المناسب خلال مدة محددة (العدة) ٠ ومن ناحيـــة ثانية يستمر الزوج المالك فى مسكن الزوجية الذى تغادره الحاضنة الى حين أن يجد لها مسكنا بعد انقضاء عدتها ، أما الزوج المستأجر فيـترك المنزل وتستمر الحاضنة فيه إلى حين ايجاد مسكن مناسب لــــها خــلال مدة العدة وهى فترة قصيرة يصعب العثور على سكن فيها ٠ ومفـــهوم المخالفة يقضى بأنه إذا مرت فترة العدة دون أن يوفر الـــزوج الســـكن المناسب سقط حقه حتى لو وفره بعد ذلك مـــالم تقبـــل هـــى العـــرض الجديد٠

مقتضى ذلك أن الزوج المالك أسعد حظا من الزوج المستأجر مــــع أن الثانى أولى بالرعاية من الأول المفترض فيه القدرة المالية ٠

ثالثا : لاتستقل الزوجة المطلقة بمسكن الزوجية إلا إذا كانت حاضنة · أى لها من زوجها المطلق صغار فى مرحلة الحضانة ، وأن تتوافر فيها شروط الحاضنة · مقتضى ذلك أن المسكن للزوج إذا لم تكن المطلقة حاضنة كحالة عدم وجود أولاد صغار ، أو إنتهاء مدة الحضانة (حيث يسترد الزوج المسكن) أو تخلف شروط الحضانة[1] ·

---

(١) وقد استقرت محكمة النقض على أن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون مدة السن كل بحسب نوعه ذكرا كان أم أنثى ·

وعلى ماهو مقرر فى قضاء هذه المحكمة ــ أن النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة (١٨) مكرر ثالثا من المرسوم بقانون رقم (٢٥) للسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ على أنه (على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحضانتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة ······ فإذا انتهت مدة الحضانة للمطلق أن يعود للمسكن ·····) كما أن النص فى الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ على أنه " ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشر سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك " مما مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم وأن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون مدة السن كل بحسب نوعه ذكرا كان أم أنثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بمسكن الزوجية مادام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولايغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون سالف الذكر للقاضى أن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر إذا اقتضت مصلحتها ذلك إذ أن هذه المدة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولاتعتبر إمتدادا لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الإستغناء عن حضانة وخدمة النساء سواء تم هذا الإبقاء بإذن القاضى أو برضاء ذوى الشأن · لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد شغلت مسكن الزوجية بوصفها حاضنة لإبنتها من المطعون ضده (····) وأن ابنتها قد جاوز سنها مدة حضانة النساء ومن ثم فلا حق لها فى شغل مسكن الزوجية وإن بقيت البنت فى يدها بعد بلوغها سن اثنتى عشر سنة وكان من حق المطعون ضده العودة لهذا المسكن وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون قد صادف صحيح القانون ويكون النعى عليه على غير أساس · نقض مدنى ــ طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٦٤ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٥/١١/١٣ ·

وقضت بأن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشر سنة ·
=

ويثور التساؤل فى هذا الصدد عن الحكم فى حالة زواج المطلقة الحاضنة • كان نص القانون السابق يقضى بأنه " إذا إنتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا " • أما النص الحالى فيقضى بأنه " إذا إنتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا " أى أن القانون الجديد أغفل حالة زواج المطلقة ، فعل معنى ذلك أن المشرع أراد احتفاظ الحاضنة بالشقة فى حالة زواجها ؟ لانتصور أن هذا كان مراد الشارع ولعل العبارة سقطت سهوا ولم تكن مقصودة ، ولكن القاضى ملزم بتطبيق النص ولو كان معيبا •

ينبغى ملاحظة أن زواج المطلقة قد يفقدها صفة الحاضنة التى يشترط فيها ألا تتزوج بغير ذى رحم محرم من الصغير • معنى ذلك أن المطلقة تفقد الحضانة وبالتالى السكن إذا تزوجت من أجنبى.والعكس إذا كان الزواج من رحم محرم كالعم • عكس النص القديم الذى كان يجعل من زواج الحاضنة عموما سببا لإسترداد مسكن الزوجية •

(م) عدم دستورية قانون مسكن الزوجية :

أصدرت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٦ يناير ١٩٩٦ حكما بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر ثالثا التى تقرر استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية وذلك لسببين :

الأول : إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته

= لا إلتزام على الأب نحو الحاضنة، إذا أذن القاضى بإبقاء الصغير حتى الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك، لا بأجر حضانة لها ولابسكناها ، ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها مقابل أجر المسكن من مالهم أو من مال من يجب عليه نفقتهم • نقض ١٩٩٦/١٢/٣٠ طعن ٦٢٢٩ س ٦٢ ق•

وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكناهم ، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ، مؤجرا كان أم غير مؤجر ٠

الثاني: تقييدها حق المطلق ـ إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا ـ بأن يكون إعداده مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ، واقعا خلال فترة زمنية لايتعداها ، نهايتها عدة المطلقة ٠

مؤدئ ذلك أن المحكمة قررت عدم دستورية التفرقة فى الحكم بين مسكن الزوجية المؤجر وغير المؤجر ، حيث كان ينبغى إعطاء الزوج المطلق حق توفير مسكن بديل مناسب للحاضنة ولو بعد إنتهاء فترة العدة فى حالة المكان المؤجر كما هو الحال بالنسبة للمكان غير المؤجر، أى أنه ينبغى التسوية فى الحكم بين المطلق المؤجر و المطلق المالك ٠

وقررت المحكمة عدم دستورية إلزام المطلق بتوفير المسكن المناسب فى حالة ما إذا كان لصغاره مال حاضر يكفى لسكناهم ، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ٠ ذلك أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغى أن تقدر بقدرها ، ومن ثم لاينبغى حرمان الأب من مسكنه إذا كان للحاضنة مسكن يخصها مؤجرا أو غير مؤجر ، أو كان للصغار مال ينفقون منه على سكناهم ٠

ويترتب على الحكم بعدم دستورية النص وقف العمل به والإمتناع عن تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ، فالمحكمة لاتملك الحكم بإلغاء النص أو تعديله ، ومن ثم لايجوز القول بأن المحكمة الدستورية قد عدلت الحكم فقط ولم توقف العمل به ، بما يعنى أن المسكن يظل من حق الحاضنة التى ليس لها مسكن وليس للصغار مال حاضر يكفى لسكناهم ، ويستطيع المطلق الإحتفاظ بمسكن الزوجية إذا وفر للصغار مسكنا بديلا مستقلا ومناسبا ٠

هذا القول غير صحيح لأن الحكم يؤدى إلى وقف العمل بالمادة ١٨ مكرر ثالثاً فى جملتها وليس تعديلها أو إعادة رسم شروط تطبيقها فذلك أمر يخص المشرع ٠ فالحكم بعدم دستورية النص لعيب معين يتضمن خطاباً للمشرع بتفادى ذلك العيب عند الرغبة فى إعادة صياغة ذات الحكم من خلال نص جديد ٠

وإلى حين صدور نص آخر ينظم مسكن الزوجية فإنه ينبغى الرجوع للقواعد العامة ، ومؤداها إعمال المذهب الحنفى الذى يقرر استحقاق الحاضنة لأجرة مسكن الحضانة للصغير إذا لم يكن لها مسكناً تمتلكه وتقيم فيه فعلاً فى البلد الذى تقيم فيه مع الصغير ٠ ويؤخذ أجر المسكن من مال الصغير ، فإذا لم يكن له مال وجب على أبيه أو من تجب عليه نفقته ٠

ولكن العمل يسير على تمكين المطلقة الحاضنة من مسكن الزوجية واستمرار بقاءها فيه إلى أن يثبت المطلق أن لها مسكن أو أن للصغار مال حاضر يكفى لسكانهم أو أن يقوم بتوفير مسكن بديل مستقل مناسب.

(ن) إنتقال الحاضنة بالصغير :

القاعدة أنه لايجوز للحاضنة أن تنتقل بالولد إلى مكان بعيد تقيم فيه بغير إذن الأب وذلك رعاية لحق الصغير ولحق الوالدين فى رعايته وعطفه والإشراف عليه ٠

ويجيز الفقهاء للحاضنة الإنتقال إلى مكان قريب ، ومعيار القرب هنا هو أن يتمكن الوالد والأهل من الذهاب لرؤية الصغير والعودة قبل الليل ، ولاشك أنه يصعب وضع معيار جامد لتحديد المسافة فى هذا الشأن إذ الأمر يعتمد على تطور المواصلات والإمكانيات ، ومن ثم

فالأمر يتسم بالمرونة على النحو الذى يقدره قاضى الموضوع .[1]

ويمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها مادامت حضانتها قائمة ، ولايجوز للأب أو أى شخص كلف بحضانة الولد أن يغير محل حضانته بغير رضاء أمه فى حالة ماإذا كانت غير حاضنة .

(هـ) حق الرؤية :

" لكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين "[2] وذلك لمراقبتهم وحفظهم والاطمئنان على سلامتهم .

والأصل أن يتم تنظيم مكان وزمان الرؤية بإتفاق الأطراف . وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً ، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لايضر بالمحضون نفسياً ، فيمكن أن تتم الرؤية بمكان الحضانة ، إذ لا تجبر الحاضنة على إرسال الصغير لوالده . ويمكن أن تكون الرؤية بمكان آخر يراه القاضى مناسباً كمكان العبادة أو النادى أو منزل الأقارب .

وغالباً ما يتم تحديد ميعاد الزيارة نهاراً مرة كل أسبوع، وهى مدة لاترهق من تثبت له الحضانة ، ولايؤذى طولها من له حق الرؤية .

ويجب على من بيده الحضانة تنفيذ حكم الرؤية فى الزمان والمكان المتفق عليهما . فإذا امتنع لايمكن تنفيذ الحكم قهراً أو اجباراً حيث لايجوز للمحضر أن يجبر من بيده الصغير على اخراجه ليراه

---

(١)ولا شك أننا نشهد تطوراً قضائياً وتشريعياً معاصراً نحو تدعيم حقوق المرأة. فقد تم السماح لها بحرية السفر دون إذن الزوج كما رأينا، وقضت محكمة القضاء الإدارى بالإسكندرية بالسماح للمطلقة الحاضنة باصطحاب طفلها معها عند سفرها للعمل بالسعودية، رغم ما فى ذلك من حرمان للأب من رؤية إبنه لفترة طويلة (الدعوى رقم ٧٥٥٩ س ٥٤ ق فى ٢٠٠٠/٩/٢١ الدائرة الأولى. أصدر الحكم المستشار الدكتور/ محمد عبد الوهاب خفاجى وكيل مجلس الدولة).

(٢) م ٢٠ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

صاحب الحق فى الرؤية • ولكن على المحضر أن يثبت الامتناع وأسبابه وهنا يتم اللجوء إلى القاضى لإنذار الممتنع بتنفيذ الحكم •

فإذا تكرر الامتناع جاز للقاضى أن يحكم بنقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها•[1]

(و) مدة الحضانة :

اختلفت الشرائع الطائفية فى تحديد مدة الحضانة ما بين ٧، ٩ ، ١١ سنة • إلا أن القانون السابق[2] نص على أن " ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنى عشر سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن ١٥ والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك " •

---

(١)ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى أحد الأماكن التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكان أخر. ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير. الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة.

يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً. ويتبع فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات. ويراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك.

على قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ. يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة. ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك.

يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء، أو طلب حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك، وأن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها. ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير (م ٦٥: ٧٠ من القانون ١/٢٠٠٠).

(٢) ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ •

وقد بينت المذكرة الإيضاحية أن العمل كان جارياً على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة • ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إذا رأى مصلحته فى ذلك إلى التاسعة وأن تنتهى حضانة الصغيرة ببلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة •

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والإطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا أرتأى المشرع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ، ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الإمام مالك فى هذا الموضع ، على أنه فى حال ابقائهما فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لايكون للحاضنة الحق فى اقتضاء أجرة حضانة وإنما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكسوة ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج ومايقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه •

توحيد سن الحضانة :

رأينا أن سن الحضانة لدى الشرائع الطائفية هو ـ كقاعدة عامة ـ ٧ سنوات للذكر و٩ للأنثى ، أما بالنسبة للمسلمين فقد تم رفع السن الى ١٠ للذكر و ١٢ للأنثى بل يجوز مدة حتى ١٥ للذكر والزواج للأنثى •

أدى ذلك إلى الطعن بعدم دستورية النصوص المنظمة لسن الحضانة لدى كل من الأقباط والأرمن الأرثوذكس • قبلت المحكمة الطعن ومن ثم وجب إعمال قانون الأحوال الشخصية الخاص بالمسلمين بوصفه الشريعة العامة ، وبذلك يكون الحكم المطبق واجباً على المصريين المسلمين وغير المسلمين مختلفى الديانة والطائفة بل

والمسيحيين الأقباط والأرمن الأرثوذكس • ولاشك أن هذان الحكمان يعدان خطوة جديدة نحو توحيد مسائل الأحوال الشخصية ، ونرى إعمال الحكم على كافة المصريين أياً كانت ديانتهم •

ولعله من المناسب فى هذا الصدد أن نورد المضمون العام لكل حكم:

الحكم الأول (الأقباط الأرثوذكس) :

أن المادة (١٣٩) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى اقرها المجلس الملى العام ، والمعمول بها إعتباراً من ٨ يوليو ١٩٣٨ تقضى فى فقرتها الأولى بأن تنتهى الحضانة ببلوغ الصبى سبع سنين ، وبلوغ الصبية تسع سنين ، وحينئذ يسلم الصغير إلى أبيه ، أو عند عدمه الى من له الولاية على نفسه • وفى فقرتها الثانية أنه إذا لم يكن للصغير ولى ، يترك عند الحاضنة إلى أن يرى المجلس من هو أولى منها بإستلامه •

وحيث أن المدعية تنعى على هذا النص ، إخلاله بأحكام المواد (٢، ١٠ ، ٤٠) من الدستور وذلك من عدة أوجه :

أولها : أن قوانين الأحوال الشخصية للمسلمين ، تطبق على المصريين جميعهم أياً كانت ديانتهم ، ومن ثم تنتظمهم جميعاً قواعد موحدة فى شأن المواريث ونظم النفقات والطاعة • وتقرير سن الحضانة بما يرعى مصالح الصغير من الأمور التنظيمية التى لاتناقض الشريعة المسيحية فى جوهر أحكامها وأساس بنيانها ، بل أن الشريعتين تدوران معاً حول رعاية النشء وإسعاده •

ثانيها : أن الدستور نص فى مادته العاشرة ، على أن تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة وترعى النشَء وتوفر لهم ظروف مناسبة لتنمية ملكاتهم • وقد جاء النص المطعون فيه مجافياً للرعاية التى تطلبها الدستور للطفولة ، وحال كذلك بين الصغير وتنمية ملكاته النفسية

والوجدانية بعد أن انتزعته فى سن مبكرة من حضانة أمه ، مفتتاً بذلك شخصيته ومضيعاً لوجوده ·

ثالثها: أن النص المطعون فيه إنطوى على تفرقة بين أبناء الوطن · الأولاد الصغار لزوجين مسيحيين متحدى الملة والطائفة ، ينتزعون من أمهم فى سن السابعة ، ولو كانت مصلحتهم تقتضى بقاءهم تحت يدها ، فى الوقت الذى يظل الولد المسلم فى حجر أمه وحضانتها حتى الخامسة عشرة من عمره · كذلك تنتزع الطفلة المسيحية من أمها فى التاسعة ، رغم أن الصغيرة المسلمة قد تظل فى حضانة أمها حتى تتزوج · والتمييز بين أبناء الوطن الواحد على غير أسس منطقية ، يعتبر تمييزاً تحكمياً منهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور·

وحيث أنه بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٨ أودع غبطة البابا شنودة الثالث بطريرك الأقباط الأرثوذكس مذكرة أشار فيها إلى أنه :

بالنسبة إلى مسألة تحديد سن الحضانة على ضوء مانصت عليه المادة (١٣٩) من اللائحة ، أوضح غبطة البابا مايأتى :

أولاً : أنه لم يرد نص فى الإنجيل المقدس ينظم هذه المسألة ·

ثانياً : أن مسألة تحديد سن لحضانة الأطفال مسألة تحكمها ظروف المجتمع من نواح عدة ·

ثالثاً : أن تحديد سن للحضانة يحكم كل أبناء الوطن الواحد ، أمر أقرب إلى الواقع ، ويتفق مع الإعتبارات العلمية والعملية ، فضلاً عن أنه لايخالف نصاً حسبما سبق بيانه·

رابعاً : أنه لامانع لدى الكنيسة القبطية الأرثوذكسية من تحديد سن حضانة الأطفال بالنسبة إلى جميع المصريين ، توكيداً لقاعدة المساواة بينهم ، وبمراعاة أن بقاء الحاضنة على دينها الذى كانت تدين به وقت ولادة الأطفال يعتبر من الشروط الجوهرية لإستمرار الحضانة ·

وحيث أن الحضانة ــ فى أصل شريعتها ــ هــى ولايــة للتربيــة غايتها الإهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفــترة الأولى من حياته ٠ والأصل فيها هو مصلحة الصغير ، وهى تتحقــق بأن تضمنه الحاضنة ــ التى لها الحق فــى تربيتــه ــ إلــى جناحــها بإعتبارها أحفظ عليه ، وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولأن انتزاعه منها ــ وهى أشفق عليه وأوثق اتصالاً به ، وأكثر معرفة بما يلزمــه وأفر صبراً ــ مظلمة للصغير إبان الفترة الدقيقة التى لاتســتقل فيــها بأموره ، والتى لايجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن ، يأكل مــن نفقته ، ويطعمه نزراً ، أو ينظر إليه شــــزراً ٠ ولاتقيــم الشــريعة الإسلامية ــ فى مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها ــ ولاشــريعة غــير المسلمين من الأقباط الأرثوذكس ــ التى حدد الإنجيل المقدس ملامحــها الرئيسية ــ لسن الحضانة تخوماً لايجوز تجاوزها ، إنطلاقــاً مــن أن تربية الصغير مسألة لها خطرها ، وأن تطرق الخلل إليها ــ ولو فــى بعض جوانبها ــ مدعاة لضياع الولد ، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون كافلاً لمصلحته ، وأدعى لدفع المضرة عنه ، وعلــى تقديــر أن مدار الحضانة على نفع المحضون ، وأن رعايته مقدمــة علــى أيــة مصلحة لغيره ، حتى عندما يقولون بأن الحضانة لاتتمحض عن حــق للصغير ، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه ويعهد إليها أمره ٠

وحيث أن الدستور ــ وفى إطار المقومات الأساسية للمجتمع التــى تنتظم المصريين جميعاً ، فلا يتوجهون لغيرها أو ينعزلون عنها ــ قــد أورد أحكاماً رئيسية ترعى الأسرة المصرية ــ سواء فى خصائصــها ، أو على صعيد الأفراد الذين يكونونها ، هى تلك التى فصلتها المــواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ من الدستور ٠ وقد دل بها على أن الحق فى تكوين الأسرة لا ينفصل عن الحق فى صونها على إمتداد مراحــل بقائــها ،

لتأمينها مما يخل بوحدتها ، أو يؤثر سلباً فى ترابطها ، أو فــى القيـم والتقاليد التى تنصهر فيها ، بل يزكيها كافلاً لبنيــها تراحمــاً أوثــق ، ولأطفالها إشرابهم مبادئها ، ومعاونتهم على صون أعراضهم وعقولـهم وأموالهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها ، كذلــك اختيــار أنماط من الحياة يتعايشون معها ، فلا تتفرق الأسرة التى تضمنــهم ــ وهى بنيان مجتمعهم ــ ولاتتنصل من واجباتهم قبلــهم ، بــل تتحمـل مسئولياتها عنهم صحياً وتعليمياً وتربوياً •

بل أن الأسرة فى توجهاتها لاتعمل بعيداً عن الدين ولا الأخلاق ولا الوطنية ، ولكنها تنميها ــ وعلى ضوء أعمق مستوياتها وأجلها شأناً ــ من خلال روافد لا انقطاع لجريانــها ، يتصدرهــا إرســاء أموتهــا وطفولتها بما يحفظها ويرعاها ، والتوفيق بين عمل المرأة فى مجتمعها وواجباتها فى نطاق أسرتها ، وبمراعاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التى تصون لمجتمعها وواجباتها فى نطاق أسرتها ، وبمراعــاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التى تصون لمجتمعها تلك القيـم والتقاليد التى يؤمن بها ، تثبيتاً لها وتمكيناً منها •

وحيث إنه متى كان ماتقدم ، وكانت الأسرة المصريــة لايصلحــها إختيار سن للحضانة لايكون محدداً وفقاً لتغير الزمــان والمكــان ، ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة من حاضنته إعناتاً أو ترويعاً ، أو إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعاً لذكورتهم وأنوثتــهم ، وخصائص تكوينهم التى تتحدد على ضوئها درجة احتياجهم إلــى مــن يقومون على تربيتهم وتقويمهم ووقايتهم مما يؤذيهم ، وكذلك إعدادهــم لحياة أفضل ينخرطون فيها بعد تهيئتــهم لمسـئوليتها ، وكــان تعــهد المحضون ــ صغيراً كان أو صغيرة ــ بما يحول دون الإضرار بهما، مؤداه أن يكون لحضانتهما سن تكفل الخير لهما فى إطار مــن الحــق والعدل • وشرط ذلك إعتدالها ، فلا يكون قصرها نافياً عن حضانتــهم

متطلباتهم من الصون والتقويم وعلى الأخص من الناحيتين النفسية والعقلية ، ولا امتدادها مجاوزاً تلك الحدود التى تتوازن حضانتهم مع مصلحة أبيهم فى أن يباشر عليهم إشرافاً مباشراً ، بل تكون مدة حضانتهم بين هذين الأمرين قواماً ، وهو ما نحاه المشرع بالفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ــ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ــ من أن حق حضانة النساء ينتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة • ويجوز للقاضى بعد هذا السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة ــ ودون أجر حضانة ــ إذ تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك •

وحيث أن تحديد سن الحضانة على النحو المتقدم ، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين ، إلا أن هذا التحديد أوثق اتصالاً بمصلحة الصغير والصغيرة اللذين تضمنها أسرة واحدة وإن تفرق أبواها • ولايجوز فى مسألة لا يتعلق فيها تحديد هذا السن بأصول العقيدة وجوهر أحكامها ، أن يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم ، ذلك أن الأصل هو مساواتهم قانوناً ضماناً لتكافؤ الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لجموعهم ، سواء فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم • والصغير والصغيرة ــ فى شأن حضانتهما ــ يحتاجان معاً لخدمة النساء وفقاً لقواعد محددة لاتمييز فيها• والأسرة القبطية هى ذاتها الأسرة المسلمة ، فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما ، وتظلهم بالتالى القيم والتقاليد عينها • وإلى مجتمعهم يفيئون ، فلا يكون تقيدهم بالأسس التى يقوم عليها ــ فى مقوماتها وخصائصها ــ إلا تعبيراً عن انتمائهم إلى هذا الوطن وإندماجهم فيه ، تربوياً وخلقياً ودينياً ، وما الدين الحق إلا رحمة للعالمين •

وكلما كفل المشرع لبعض أبناء الوطن الواحد حقوقاً حجبها عن سواهم على غير أسس موضوعة ، كان معمقاً فى وجدانهم وعقولهم اعتقاداً أو شعوراً بأنهم أقل شأناً من غيرهم من المواطنين ٠

وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى كذلك ، على أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى . ولا فى نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التى تحكم الخصومة عينها ، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق التى يطلبونها ، ولا فى اقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تنظمها ، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها ، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها ، أو الدفاع عنها ، أو استئدائها ، أو الطعن فى الأحكام الصادرة فصلاً فيها ٠ ولايجوز بالتالى أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين ، ولا أن يقلص دور الخصومة القضائية التى يعتبر ضمان الحق فيها ، والنفاذ اليها ، طريقاً وحيداً لمباشرة حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة (٦٨) من الدستور ، ولا أن يجرد هذه الخصومة من الترضية القضائية التى يعتبر إهدارها أو تهوينها ، إخلالاً بالحماية التى يكفلها الدستور للحقوق جميعها ٠

وحيث أن النص المطعون فيه ، إذ قضى بأن بلوغ الصبى سبع سنين والصبية تسعاً، مؤداه إنتهاء حضانتهما ، ووجوب تسليمهما فور إنقضاء مدتها إلى أبيهما ، فإن لم يوجد ، فللولى على نفسيهما ٠ فإن لم يوجد ، ظلا على حاضنتهما إلى أن يقرر المجلس الملى من يكون أولى منها بإستلامهما ، فإنه بذلك يكون قد حرم المحضون وحضانته من حقين جوهريين كفلهما الدستور :

أولهما : مساواة صغارها بالمحضونين من المسلمين الـذى لاتنتـهى حضانتهم وفقا لقانون أحوالهم الشخصية إلا ببلوغ الصغير عشر سـنين والصغيرة اثنتى عشرة سنة ·

ثانيهما : حق الحاضنة فى أن تطلب من القاضى ــ وبعـد انقضـاء المدة الأصلية للحضانة ــ أن يظل الصغير تحت يدها حتى الخامسـة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج ، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك ·

ولئن كان الحق يستمد وجوده مباشرة من نـص القـانون ، إلا أن النفاذ إلى ثانيهما لايكون إلا من خلال حق التقاضى · فـإذا صـادره المشرع ، كان ذلك منه إنكارا للعدالة فى أخص مقوماتها ، ونكولا عـن الخضوع للقانون ·

وحيث إنه متى كان ذلك ، فإن النص المطعون فيه ، يكون مخالفـا لأحكام المـواد ٩ و١٠ و ١١ و ١٢ و ٤٠ و ٦٥ و ٦٨ و ١٦٥ مـن الدستور ·

فلهذه الأسباب

حكم المحكمة بعدم دستورية المادة (١٣٩) من لائحـة الأحـوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام بجلسته فى ٩ مايو ١٩٣٨ ، والمعمول بها إعتبارا من ٨ يوليو ١٩٣٨ ، وألزمـت الحكومة المصروفات[١] ·

الحكم الثانى (الأرمن الأرثوذكس) :

حيث أن الوقائع ــ على ما يبين مـن صحيفـة الدعـوى وسـائر الأوراق ــ تتحصل فى أن المدعى عليهما الخامس والسادسة ، كانا قـد

---

(١) القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق دستورية ، المحكمة الدستورية العليا فـى أول مـارس ١٩٩٧ ·

أقاما ضد المدعية دعواهما رقم ١٠٧ لسنة ١٩٩٣ التى طلبا فيها الحكم بسلب حضانتها لابنتيها ناتالى وميلانى ، وتسليمهما للمدعى عليها السادسة ـ جدتهما ـ لتتولى شئون حضانتهما تحت إشراف والدهما ، المدعى عليه الخامس ٠ وقد قررت محكمة مصر الجديدة الجزئية للأحوال الشخصية إحالة الدعوى إلى محكمة الزيتون الجزئية للأحوال الشخصية حيث قيدت برقم ١١٠٥ لسنة ١٩٩٤ جزئى أحوال شخصية ملى الزيتون ، وفيها قضت المحكمة حضورياً بضم الطفلة ناتالى إلى جدتها لأبيها ، فأستأنفت المدعية هذا الحكم ، وقيد استئنافها برقم ٩١٩ لسنة ١٩٩٥ ، ثم دفعت أثناء نظره بعدم دستورية المادتين ١٠٧ و ١٠٩ من مجموعة الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس ٠ وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، وصرحت للمدعية بإتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، فقد أقامت الدعوى الماثلة ٠

وحيث أن المادتين ١٠٧ و ١٠٩ من مجموعة الأحوال الشخصية للأرمن الأرثوذكس تجريان على النحو الأتى :

مادة ١٠٧ : عند حصول طلاق وعند انقضاء السن المحددة فى المادة (١٠٩) يعهد بالسلطة الأبوية إلى الزوج الذى حصل على حكم الطلاق إلا إذا رأت المحكمة من الأنفع للأولاد أن تأمر ـ من تلقاء نفسها أو بناء على طلب العائلة أو الرئيس الدينى ـ أن يعهد بهم جميعاً أو بعضهم إلى الزوج الآخر ، أو إلى أحد الأقرباء أو إلى شخص أجنبى ٠

مادة ١٠٩ : تحضن الأم ولدها أثناء الزواج وبعد فسخه إلى أن يبلغ السابعة إذا كان ذكراً ، وإلى التاسعة إذا كان أنثى ٠ وللمحكمة أن ترفع سن الحضانة إلى التاسعة بالنسبة للذكر وإلى الحادية عشرة بالنسبة للأنثى ٠

وحيث أن المدعية تنعى على المادتين ١٠٧ و ١٠٩ المشار إليهما ، مخالفتهما لنص المادتين ١٠ و ٤٠ من الدستور تأسيساً على أن الحضانة احتياج طبيعى واجتماعى وإنسانى لاتوفره للصغير غير أمه بحنانها الطبيعى ، وبفطرتها التى تدنيها من الصغير ، وتجعلها أرفق به من غيره ، ولايجوز التمييز فيها ـ وبالنظر إلى طبيعتها وانتفاء اتصالها بالعقيدة فى جوهر أحكامها ـ بين الصغار تبعاً لديانتهم ، وعلى الأخص فى مجال علاقة الأم بصغيرتها التى تكون أحوج إلى أمها بعد البلوغ الطبيعى لتبسط عليها رعايتها حتى الثانية عشرة من عمرها ، مع جواز بقائها فى كنفها حتى تتزوج ، فلا تكون أمها إلا عوناً لها على طرائق الحياة ، ومواجهة مشكلاتها ، بما يهون عليها ما شق من أمرها .

وحيث أن الحضانة ـ فى أصل شريعتها ـ هى ولاية للتربية غايتها الإهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته ، والأصل فيها هو مصلحة الصغير ، وهى تتحقق بأن تضمنه الحاضنة ـ التى لها الحق فى تربيته ـ إلى جناحها بإعتبارها أحفظ عليه ، وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولأن انتزاعه منها ـ وهى أشفق عليه وأوثق اتصالاً به ، وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً ـ مظلمة للصغير إبان الفترة الدقيقة التى لايستقل فيها بأموره ، والتى لايجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته ، ويطعمه نزراً ، أو ينظر إليه شزراً .

ولاتقيم الشريعة الإسلامية ـ فى مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها ـ ولاشريعة غير المسلمين من الأرمن الأرثوذكس ـ التى حدد الإنجيل المقدس ملامحها الرئيسية ـ لسن الحضانة تخوماً لايجوز

تجاوزها ، إنطلاقاً من أن تربية الصغير مسـألة لـها خطرهـا ، وأن تطرق الخلل إليها ـ ولو فى بعض جوانبها ـ مدعاة لضياع الولـد ، ومن ثم يتعين أن يتحدد مداها بما يكون كافلاً لمصلحته ، وأدعى لدفـع المضرة عنه ، وعلى تقدير أن مدار الحضانة على نفـع المحضـون ، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره ، حتى عند من يقولون بـأن الحضانة لاتتمحض عن حق للصغير ، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه ويعهد إليها أمره .

وحيث أن الدستور ـ وفى إطار المقومات الأساسية للمجتمع التـى تنتظم المصريين جميعاً ، فلا يتوجهون لغيرها أو ينعزلون عنها ـ قـد أورد أحكاماً رئيسية ترعى الأسرة المصرية ـ سواء فى خصائصـها ، أو على صعيد الأفراد الذين يكونونها ـ هى تلك التى فصلتها المـواد ٩و ١٠ و ١١ و ١٢ من الدستور . وقد دل بها على أن الحـق فـى تكوين الأسرة لاينفصل عن الحق فى صونها على إمتداد مراحل بقائها، لتأمينها مما يخل بوحدتها ، أو يؤثر سلباً فى ترابطها ، أو فـى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها ، بل يزكيها كافلاً لبنيـها تراحمـاً أوثـق ، ولأطفالها إشرابهم مبادئها ، ومعاونتهم على صون أعراضهم وعقولـهم وأموالهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها ، وكذلك إختيـار أنماط من الحياة يتعايشون معها ، فلا تتفرق الأسرة التـى تضمـهم ـ وهى بنيان مجتمعهم ـ ولاتتنصل من واجباتها قبلـهم ، بـل تتحمـل مسئولياتها عنهم صحياً وتعليمياً وتربوياً .

بل إن الأسرة فى توجهاتها لاتعمل بعيداً عن الدين ولاعن الأخـلاق أو الوطنية ، ولكنها تنميها ـ وعلى ضوء أعمق مسـتوياتها وأجلـها شأناً ـ من خلال روافد لا إنقطاع لجريانها ، يتصدرها إرساء أمومتـها

وطفولتها بما يحفظها ويرعاها ، والتوفيق بين عمل المرأة فى مجتمعها وواجباتها فى نطاق أسرتها ، وبمراعاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التى تصون لمجتمعها تلك القيم والتقاليد التى يؤمن بها ، تثبيتـــاً لها وتمكيناً منها •

حيث أنه متى كان ماتقدم ، وكانت الأسرة المصريـــة لايصلحـــها أختيار سن للحضانة لايكون محدداً وفقاً لتغــــير الزمـــان والمكـــان • ولايقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة مـــن حاضنتـــه إعناتـــاً أو ترويعاً • أو إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعاً لذكورتـــــهم وأنوثتهم ، وخصائص تكوينهم التى تتحدد على ضوئها درجة احتياجـــهم إلى من يقومون على تربيتهم وتقويمهم ورقابتهم مما يؤذيهم ، وكذلـــك إعدادهم لحياة أفضل ينخرطون فيها بعد تهيئيتهم لمسئولياتهم ، وكـــان تعهد المحضون ــ صغيراً كـــان أم صغيـــرة ــ بمـــا يحـــول دون الإضرار بهما ، مؤداه أن يكون لحضانتهما سن تكفل الخير لهما فـــى إطار من الحق والعدل وشرط ذلك اعتدالها ، فلا يكون قصرها نافيـــاً عن حضانتهم متطلباتها من الصون والتقويـــم وعلـــى الأخـــص مـــن الناحيتين النفسية والعقلية ، ولا امتدادها مجاوزاً تلـــك الحـــدود التـــى تتوازن بها حضانتهم مع مصلحة أبيهم فى أن يباشـــر عليـــهم إشـــرافاً مباشراً ، بل تكون مدة حضانتهم بين هذين الأمرين قواماً • وهو مانحاه المشرع بالفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ــ بعد تعديلها بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ــ من أن حق حضانة النساء ينتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة إثنتى عشـــرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامســـة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة ــ ودون أجر حضانـــة ــ إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك •

وحيث أن تحديد سن الحضانة على النحو المتقدم ، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين ، إلا أن هذا التحديد أوثق إتصالاً بمصلحة الصغير والصغيرة اللذين تضمها أسرة واحدة وإن بعد أبواها عن بعضهما البعض • ولاجوز فى مسألة لايتعلق فيها تحديد هذه السن بأصول العقيدة وجوهر أحكامها ، أن يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم ، ذلك أن الأصل هو مساواتهم قانوناً ضماناً لتكافؤ الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لجموعهم ، سواء فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم • والصغير والصغيرة ــ فى شأن حضانتهما ــ يحتاجان معاً لخدمة النساء وفقاً لقواعد موحدة لاتمييز فيها • والأسرة الأرمنية هى ذاتها الأسرة المسلمة ، فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما ، وتظلهم بالتالى القيم والتقاليد عينها ، وإلى مجتمعهم يفيئون ، فلا يكون تقيدهم بالأسس التى يقوم عليها ــ فى مقوماتها وخصائصها ــ إلا تعبيراً عن إنتمائهم إلى هذا الوطن واندماجهم فيه ، تربوياً وخلقياً ودينياً • وما الدين الحق إلا رحمة للعالمين •

وكلما كفل المشرع لبعض أبناء الوطن الواحد حقوقاً حجبها عن سواهم على غير أسس موضوعية ؛ كان معمقاً فى وجدانهم وعقولهم إعتقاداً أو شعوراً بأنهم أقل شأناً من غيرهم من المواطنين •

وحيث أن قضاء هذه المحكمة جرى كذلك ، على أن الناس لايتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى اللجوء إلى قايهم الطبيعى ، ولا فى نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التى تحكم الخصومة عينها ، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق التى يطلبونها ، ولا فى اقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط

طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها ، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها ، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها ، أو الدفاع عنها ، أو استئدائها ، أو الطعن فى الأحكام الصادرة فيها • ولايجوز بالتالى أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين ، ولا أن يقلص دور الخصومة القضائية التى يعتبر ضمان الحق فيها ، والنفاذ إليها ، طريقاً وحيداً لمباشرة حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة ٦٨ من الدستور ، ولا أن يجرد هذه الخصومة من الترضية القضائية التى يعتبر إهدارها أو تهوينها ، إخلالاً بالحماية التى يكفلها الدستور للحقوق جميعها •

وحيث أن ماتنص عليه المادة ١٠٩ من مجموعة الأحوال الشخصية للأرمن من أن تحتضن الأم ولدها أثناء الزواج وبعد فسخه إلى أن يبلغ السابعة إذا كان ذكراً وإلى التاسعة إذا كان أنثى ، مؤداه حرمان المحضون غير المسلم وكذلك حاضنته من حقين أساسيين :

أولهما : مساواة صغارها بالمحضونين من المسلمين الذين لاتنتهى حضانتهم وفقاً لقانون أحوالهم الشخصية إلا ببلوغ الصغير عشر سنين والصغيرة اثنتى عشرة سنة •

ثانيهما : حق الحاضنة فى أن تطلب من القاضى ــ وبعد انقضاء المدة الأصلية للحضانة ــ أن يظل الصغير تحت يدها حتى الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج ، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك •

ولئن كان الحق يستمد وجوده مباشرة من نص القانون ، إلا أن النفاذ إلى ثانيهما لايكون إلا من خلال حق التقاضى • فلا يصادر هذا الحق بعمل تشريعى ، وإلا كان ذلك نكولاً عن الخضوع للقانون ، وإنكاراً لحقائق العدل فى أخص مقوماتها •

وحيث إنه متى كلن ذلك ، فإن النص المطعون فيها ، يكون مخالفاً لأحكام المواد ٩ و١٠ و٤٠ و ٦٥ و ٦٨ من الدستور ٠

فلهذه الأسباب

حكم المحكمة بعدم دستورية المادة (١٠٩) من مجموعة الأرمن الأرثوذكس للأحوال الشخصية المعتمدة عام ١٩٤٦ ، وألزمت الحكومة المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة [١].

الفرع الثالث

الولاية على النفس ضو الصغير

(أ) مفهوم :

بإنتهاء فترة الحضانة تبدأ مرحلة الولاية على النفس ، وفيها يضم الصغير إلى ولى النفس الذى يقوم بحفظه وتربيته ورعايته إلى أن تكتمل أهلية أدائه أى بلوغه سن الرشد عاقلاً ٠

والولاية على النفس تختلف عن الولاية على المال ، فالأولى لازالت تتعدد بشأنها القوانين المطبقة أى يسمح فيها بالإحتكام الى شريعة المتقاضين إذا توافرت شروط تطبيقها ، أما الثانية فهى من المسائل التى تم توحيدها بقواعد عامة تسرى على كافة المصريين بغض النظر عن ديانتهم ٠ لذا فنقتصر فى هذا المجال على دراسة أحكام الولاية على النفس ٠

وتستمد تلك الأحكام من الشرائع الطائفية والتى تكمل بالرجوع إلى القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الذى ينظم تلك المسألة بالنسبة للمسلمين ،

---

(١) المحكمة الدستورية العليا فى ١٤ ابريل ١٩٩٨ القضية رقم ٨١ لسنة ١٨ ق دستورية ، نشر فى الجريدة الرسمية العدد ١٦ فى ١٦ ابريل ١٩٩٨ ٠

والمأخوذة أحكامه من الشريعة الإسلامية ، التى يرجع إليها بإعتبارها الشريعة ذات الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية ·

(ب) الولى على النفس : (ترتيب ، شروط) :

تجمع الشرائع على أن الولاية على النفس تكون للأب ولكنها تختلف بعد ذلك فيمن يحل محله ، فهناك من يرى الجد وهناك من يرى الأم والا فهى تنتقل مع إختلاف فى التفصيل ، كقاعدة عامة إلى الأقرب فالأقرب كالأخوة والأعمام · ويفضل بصفة عامة الأقارب من المحارم، وخاصة إذا كان من تحت الولاية بنتاً ·

ويلزم حتى يكون الشخص ولياً على النفس عدة شروط · فإن تخلفت انتقلت الولاية إلى من يليه فى المرتبة · ويجب أن تتوافر تلك الشروط طوال مدة ولايته وإلا نزعت منه · وتلك الشروط هى :-

١ - أن يكون بالغاً عاقلاً أى كامل الأهلية ·

٢ - أن يكون من نفس ديانة الصغير ، بل أن بعض الطوائف لاتكتفى بالديانة بل تستلزم الإتحاد فى الطائفة ، كالأرثوذكس والكاثوليك ·

٣ - أن يكون أميناً حسن السمعة · أى غير فاسد الآداب ، غير محكوم عليه بعقوبة ماسة بالشرف والنزاهة ·

٤ - القدرة على التصرف والقيام بواجبات وأعباء الولاية · وهذا شرط عام يتعلق بكفاءة الولى برعاية الصغير وتربيته ، وذلك بأن لايوجد هناك مايشكك فى تلك القدرة كعاهة أو أعباء مالية ، وتعطى شريعة السريان مثالاً لذلك هو صفة الجندية وما أشبهها ، وكالشيخوخة والمرض ·

وان كنا نرى أنه ، كقاعدة عامة فى مسائل الحضانـــة والولايـــة ، يصعب وضع معايير جامدة بل يترك الأمر لتقدير القاضى ليختار الولى الأنسب لمصلحة الصغير على ضوء الظروف العائلية والإجتماعية التى تحيط به، ويكون ذلك فى كل حالة على حدة ٠

(ج) سلب الولاية واستردادها :

يلزم توافر الشروط السابقة حتى يضم الصغير للولى ، ويجـــب أن تتوافر تلك الشروط طوال مدة الولاية ، فإن تخلفت استبدل الولى بغـيره وهو مايعرف بسلب الولاية ٠

كأن يسيئ الولى معاملة القاصر أو يعرض حياته وصحته للخطــر أو يقصر فى تربيته وتعليمه ، أو يصبح غير قـــادر أو غـــير كـــفء لرعايته، أو يحكم عليه بعقوبة ماسة بالشرف ، أو يغير ديانته ٠ ويجوز لكل ذى شأن أن يرفع دعوى سلب الولاية ٠

وقد أضاف المشرع حالات معينة تسلب فيها الولاية مـــن الولـــى ، وهى حالات عامـــة تسرى على كافـــة المصريـــين مســـلمين وغـــير مسلمين[1] ، وتنطوى تلك الحالات على مجموعتين بعضـــها وجوبـــى والآخر جوازى :

أولا : الحالات التى يجب فيها سلب الولاية :

١ - الحكم على الولى لجريمة اغتصاب أو هتك العرض أو لجريمـــة بشأن مكافحة الدعارة[2] ، إذا وقعت الجريمة على أحد ممـــن تشـــملهم الولاية ٠

---

(١) القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ٠

(٢) مما نص عليه القانون ٦٨ لسنة ١٩٥١ ٠

٢ - الحكم على الولى لجناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو الحكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء .

٣ - الحكم على الولى أكثر من مرة لجريمة بشأن مكافحة الدعارة[1] .

ثانيا : الحالات التى يجوز فيها سلب الولاية :

١ - أن يحكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة .

٢ - أن يحكم على الولى بسبب جريمة من الجرائم المذكورة أعلاه فى الحالة الأولى من الحالات الوجوبية ، إذا كانت الجريمة لم تقع على أحد ممن تشملهم الولاية وكان الحكم هنا لأول مرة .

٣ - إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر، أو الحبس بغير وجه حق أو الإعتداء الجسيم متى وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية .

٤ - إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دار من دور الاستصلاح لقانون العقوبات أو طبقا لنصوص قانون الأحداث للمتشردين .

٥ - إذا عرض الولى للخطر صحة أحد ممن تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الإشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدارت أو بسبب عدم العناية أو التوجيه.ولايشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

فى الحالات السابقة يجب أو يجوز سلب الولاية على حسب الأحوال سواء كان السبب قائما قبل الولاية أو لاحقا لها . ولكن فى الحالات الجوازية يمكن أن يكون سلب الولاية جزئيا أى قاصرا على

---

(١) مما نص عليه القانون ٦٨ لسنة ١٩٥١ .

بعض ممن تشملهم الولاية دون الآخرين أو بالنسبة لبعـــض الحقــوق والسلطات فقط ، ويمكن أن يكتفى بوقف الولاية دون سلبها ٠

وعند سلب الولاية تنقل إلى من يلى الولى فى المرتبـــة وإلا عـــهد بالصبى إلى وزارة الشئون الإجتماعية التى تسلمه إلى معهد أو مؤسســة إجتماعية معدة لذلك ٠

وإذا مازال السبب فى سلب الولاية جاز للمحكمة أن تعيدهـــا لمــن سلبت منه ، ويجيز القانون **استرداد الولاية** إذا انقضت ثلاثــة ســنوات من تاريخ الحكم بسلب الولاية ، أو إذا رد إعتبار من سلبت منه ٠

خاتمة المبحث الثانـــــى :

تبين لنا من استعراض مسائل الرضاعة والحضانة والضـــم ومــن تطبيقات القضاء فى هذا الصدد أن الأحكام المطبقة تكاد تكون واحـــدة سواء بين المسلمين أو غير المسلمين وذلـــك إمـــا لتشـــابه النصــوص الطائفية القليلة الواردة مع أحكام الشريعة الإسلامية وإما لعـــدم وجــود نصوص تعالج المسألة أصلا ، مما يدفع القضاء إلى تطبيق الشـــريعة الإسلامية ذات الولاية العامة ٠ خاصة وأن تلك الأمور لاتتصل بالعقيدة بل بالواقع الاجتماعى والاقتصادى مثل النفقة والمسكن ٠ أضف إلـــى ذلك أن المشرع قد تدخل ونظمها بنصوص ذات طبيعة اجرائية تطبـــق على الجميع بغض النظر عن الديانة٠ مما يجعل مهمة التوحيد فى هـــذا المجال سهلة وميسورة ٠

الفصل الرابع

إنقضـــــاء الزواج

المبحث الأول

مفهوم انحلال الزواج

يقصد بإنحلال الزواج انقضاؤه بعد نشوئه صحيحا ٠ فالزواج ينتهى لسبب لاحق على قيامه مستجمعا كافة أركانه وشروطه ويكون الانتهاء بالنسبة للمستقبل ٠

ولذا يختلف الإنحلال عن البطلان رغم أن كلاهما يؤدى إلى انقضاء الزواج ٠ فسبب البطلان يرجع لشروط انعقاد الزواج أى أنه يكون معاصرا له أو سابقا عليه ٠ فالعقد لا ينشأ صحيحا ، لذا فهو يزول بأثر رجعى ٠

وهو ما أوضحته صراحة محكمة النقض : " بطلان الزواج هو الجزاء الذى يترتب على عدم استجماع شروط انشائه الموضوعية منها والشكلية ، وهو ينسحب على الماضى بحيث يعتبر أن الزواج لم يقم أصلا ، وهو بهذه المثابة يفترق عن إنحلال الزواج بالتطليق الذى يفترض قيام الزواج صحيحا مستوفيا أركانه وشرائطه القانونية فيعد إنهاء للزواج بالنسبة للمستقبل مع الإعتراف بكل آثاره فى الماضى[1] ٠

(أ) طرق إنحلال الزواج :

الطريقة الأولية والطبيعية لإنقضاء الزواج هى الوفاة ، فوفاة أحد الزوجين أو كلاهما تؤدى إلى إنتهاء الرابطة الزوجية بطريقة حتمية

---

(١) نقض ١٩/١١/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٤٤٤ ٠

وبقوة القانون ٠

ويمكن أن ينحل الزواج بإرادة أحد الطرفين أو بإتفاقهما معا ، فالإنحلال هنا يكون إراديا دون استلزام موافقة أية سلطة أخرى ، ويسمى الإنحلال فى هذه الحالة بالطلاق٠

أما فى الحالات التى يلزم فيها ، لإنهاء الرابطة الزوجية تدخل السلطة الدينية أو القضائية لمراقبة سبب الإنهاء واقراره فإننا نكون بصدد مايسمى بالتطليق وهو مالا يجوز فيه إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة أو بإتفاق الطرفين ٠

وفى الحالات السابقة نكون بصدد انقضاء تام للعلاقة الزوجية، وهذا ما يميز حالة أخرى يكتفى فيها بوقف المعيشة المشتركة بين الزوجين ، مع بقاء الرابطة الزوجية ، وهذا مايطلق عليه الإنفصال الجسدى أو الجسمانى ٠

(ب) موقف الشرائع الدينية من إنحلال الزواج :

لايتصور قيام اختلاف حول الوفاة كسبب عام لإنهاء الرابطة الزوجية ، إلا أن الأمر يختلف بصدد أسباب الإنهاء الإرادية التى ترجع إلى الطبيعة البشرية ٠

فالطلاق أمر لاتعرفه سوى الشريعة اليهودية والشريعة الإسلامية ، ويعد أسهل الطرق السابقة لإنهاء الزواج ٠

أما عن الشريعة المسيحية فتقوم على مبدأ أبدية الزواج إستنادا إلى قول المسيح " فالذى جمعه الله لايفرقه إنسان " ، إلا أن هذا المبدأ قد خففت منه بعض الطوائف المسيحية ـ مع التفاوت بينها فى هذا الشأن ـ وقبلت إنحلال الزواج فى بعض الحالات على سبيل الاستثناء ٠ وذلك كما هو الحال عند الأرثوذكس والبروتستانت ٠

ولايكون ذلك بطبيعة الحال بإرادة الطرفين أو أحدهما ، بل يلزم قـــرار من السلطة الدينية أو القضائية كما سنرى ، لذا نكون بصدد مايســـــمى بالتطليق ٠

أما الكنائس الكاثوليكية فلا زالت تلتزم بمبدأ أبدية الـــزواج ، فـــهو لاينحل إلا بالموت ، ولايرد على ذلك أى استثناء طالما أن الزواج قـــد اكتمل بالدخول أى المخالطة الجسدية ٠

أما إن كان الزواج غير مكتمل أى لم تتم فيه بعد المخالطة الجسدية بين الطرفين فإنه يمكن حل الرابطة الزوجية فـــى هـــذه الحالـــة فـــى فرضين: الترهبن الكبير أو الإحتفالى من أحد الطرفين ، التفسيح الـــذى يمنحه البابا لسبب معقول يترك لتقديره ٠

وفى هذه الفرضين تنتهى العلاقة الزوجية ويحق للأطراف الدخـــول فى زواج جديد، عكس الحال بالنسبة للإنفصال الجسمانى الذى تعرفـــــه هذه الشريعة (الكاثوليكية) دون التطليق ، إذ يظل الزواج قائما ويحرم على المنفصلين الدخول فى زواج جديد ٠

(ج) أسباب اختلاف الكنائس حول إنحلال الزواج :

الواقع أن الإختلاف السابق حول إنحلال الزواج ، وإن اتخذ طابعـــا دينيا ، إلا أنه يكمن فى حقيقة الأمر وراء أسباب وظـــــروف سياســـية واجتماعية ٠

فأما عن الأسباب الدينية فترجع إلى الإختلاف حول تفسير ما جـــاء فى الكتاب المقدس بهذا الصدد ٠ فقد ورد فى إنجيل متى " وقيل مــــن طلق امرأته فليعطيها كتاب طلاق ، أما أنا فأقول لكـــم أن مـــن طلـــق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزنى ، ومن تزوج بمطلقة فإنه يزنى " ٠

وهذا ما استند إليه رجال الكنيسة الشرقية بصفة عامة والإنجيليـون

ورأوا أن مبدأ عدم قابلية الزواج للإنحلال ليس مبدأ مطلقا وإنما يـــرد عليه استثناء فى حالة الزنى • بل أن الأرثوذكس رأوا أن الزنا يقـــاس عليه الحالات الأخرى المشابهة فى خطورتـــها وإعتمادهـــا كأســـباب لإنحلال الزواج ، لذا تعددت أسباب التطليق عندهم كما سنرى •

أما عن الكاثوليك فقد استندوا إلى ماورد فى انجيل لوقا ومرقـــص : "كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزنى • وكل من يتزوج بمطلقـــة من رجل يزنى " • " من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمـــه ويلتصـــق بامرأته • ويكون الإثنان جسدا واحدا • إذ ليس بعد اثنين بـــل جســـد واحد ، فالذى جمعه الله لايفرقه إنسان " •

فهم يرون أن تلك النصوص قاطعة فى مبدأ أبدية الزواج أى عـــدم إنحلاله بأى شكل ، أما الطلاق المشار عليه فى حالـــة الزنـــا ، فإنـــه لايقصد به انقضاء الرابطة الزوجية ، بل التباعد بين الزوجيـــن ، فـــى المعيشه ، مع بقاء الرابطة بينهما • بدليل النص على أن " من تـــزوج بمطلقة فإنه يزنى " ، فهذا يدل علـــى أن المطلقـــة لازالـــت مرتبطـــة بالزوجية السابقة •

وأيا كان الخلاف حول تفسير النصوص ، فإن الأمـــر يكمـــن فـــى الحقيقة وراء الظروف السياسية والإجتماعية التى عاشت فيها كل كنيسة على حدة •

فقد تأثرت الكنيسة الشرقية بالقوانين الوضعية وبصفة خاصة القانون الرومانى • لأنها كانت خاضعة لنفوذ الحكـــام الرومـــان فـــى الدولـــة الرومانية الشرقية • وأمام قوة الدولة ونفوذ القانون الرومانى فى ذلـــك العصر اضطرت الكنيسة فى كثير من الحـــالات الـــى التوفيـــق بيـــن القانونين الكنسى والرومانى وتبنى الكثير من مبادئه • ومن ذلك تعـــدد أسباب الطلاق تأثرا بالأسباب التى كانت معروفة فى القانون الرومانى•

ولكن لم يصل الأمر إلى حد تبنى مكنة الطلاق بإرادة الزوجين كما كان الحال فى ذلك القانون ٠

أما عن الكنيسة الغربية (الكاثوليكية) فقد كان لها الاستقلال والسيطرة فى كثر من الأحيان على السلطة العلمانية مما جعلها تظل على مبدأ أبدية الزواج ، بل أنها هى التى أثرت فى كثير من القوانين الغربية الى عهد قريب ، ولازالت هناك بعض البقايا ، فالقانون الفرنسى مثلا لازال يعرف نظام الانفصال الجسمانى ٠ إلا أنه يعرف التطليق أيضا ٠

(د) *إنحلال الزواج بالوفاة :*

ينقضى الزواج بقوة القانون إذا ما توفى أحد الزوجين ، وهذا أمر تجمع عليه كافة الشرائع ٠

وينتهى الزواج بالوفاة سواء كانت حقيقة أو حكما ٠ وبتحقق الموت الحكمى فى حالة المفقود ، حيث يفترض القانون وفاته فى حالات معينة تم النص عليها بقانون موحد ينطبق على كافة المصريين ، بغض النظر عن ديانتهم ، لأنها من المسائل التى تم توحيدها تشريعيا [١] ٠

وطبقا لتلك الأحكام يجب التفرقة بين ثلاثة فروض :

الأول : المفقود فى غرق سفينة أو سقوط طائرة أو عسكرى فى حرب، هنا يعتبر ميتا بعد صدور قرار بفقده بعد مرور سنة على الفقد ونشر القرار فى الجريدة الرسمية٠

الثانى : إذا فقد الشخص فى ظروف يغلب معها الهلاك كحرب أو

---

(١) وتنص المادة ٣٢ من القانون المدنى على أنه يسرى فى شأن المفقود الأحكام المقررة فى قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية ٠ وتنظم أحكام الفقد والغيبة المادة ٢٥ من القانون ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ والقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ٠

كارثة ، فإنه يحكم بوفاته بعد مرور أربع سنوات من تـــاريخ الفقـد إذ مارجحت الدلائل ذلك ، أو بعد صدور قرار من وزير الحربية بعد تلـك المدة إذا كان المفقود من العسكريين •

الثالث : إذا كان الفقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك كالسفر ، فإنـه يفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلـك كله بعد التحرى بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ما إذا كـان المفقود حيا أم ميتا • وبديهى أن لاتقل المدة عن أربع سنين من بـاب أولى •

ويترتب على إعتبار المفقود ميتا إنقضاء الزواج ومكنة دخول الطـرف الأخر فى رابطة زوجية جديدة • فإذا كانت الزوجة فيجب أن تمضـى فترة العدة من تاريخ الحكم أو صدور القرار •

فإذا ما ظهر الزوج الأول بعد ذلك فإن العقد الجديد ينفسخ إذا كـان الزوج الثانى لم يدخل بها بعد ، أو كان قد دخل بها إلا أنه كـان يعلم بحياة الزوج المفقود ، وإلا فإن الزواج الثانى يظل قائما •

وبغير الوفاة فإن الزواج ـ كما رأينا ـ قـد ينتـهى بـالطلاق أو التطليق أو بما يسمى بالإنفصال الجسمانى • هذا ويجدر التنبيـه الـى الفارق بين النظامين ، فالطلاق يترتب عليه انحلال الرابطة الزوجيـة ، بينما يقتصر الإنفصال الجسمانى على مجرد التفريق بين الزوجين فـى المعيشة ، مع بقاء الزواج قائما ، وذلك كبديل للطلاق لأنه غير مسموح به لدى الكاثوليك •

المبحث الثانى

أسباب انحلال الزواج

إذا كانت الكنيسة الكاثوليكية تؤكد مبدأ أبديـــة الرابطــة الزوجيــة ولاتجيز سوى افتراق الزوجين فى المعيشة ، وفقا لأحكـــام الانفصـــال الجسمانى ، إلا أن الكنائس الأرثوذكسية والبروتستانتية تعترف بالتطليق فى حدود معينة ، وعلى تفاوت بينها فى هذا الصدد .

إذ تقتصر الكنيسة الربوتستانتية على كل من الزنا وتغيـــير الديـــن كأسباب للتطليق ، بينما توسعت شرائع الأرثوذكس فى هذا المجال وذلك بقياسها على تلك الأسباب ، وقبول أسباب أخـــرى لإنحـــلال الرابطـــة الزوجية .

هذا بالإضافة إلى أن المذهب البروتستانتى يجيز الحكم بالإنفصـــال الجسمانى ، إلى جانب أخـــذخ بـــالتطليق ، بينمـــا لاتعرفـــه شـــريعة الأرثونكس .

ولكن نظرا لأن الشريعة المسيحية تقوم على مبدأ أبدية الزواج فإنـــه من المتفق عليه أن حالات اباحة انحلال الرابطة الزوجية تعد من قبيـــل الاستثناء الذى لايقاس عليه . وهذا مايســـمى بمبـــدأ تحديـــد أســـباب التطليق .

(أ) مبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق :

نظرا لأن التطليق يعد استثناءا على القاعدة المسيحية القاضية بأبدية الزواج ، فإن أسبابه محددة على سبيل الحصر ، ومن ثم لايمكن القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها . وحيث أن التطليق لايكون إلا على يـــد القضاء ، فإن المحكمة لاتستطيع أن تقضى به إلا إذا توافر أحد الأسباب التى تبيحه .

فقد حكم بأن الحالات التى يباح فيها الطلاق (التطليق) ، وأن كان رجال الشريعة المسيحية قد توسعوا فى أسبابها تمشيا مع ظروف العصر ومقتضيات الأحوال ، إلا أنهم رغم ذلك قد ضيقوا فى هذه الأسباب ، بحيث ذكروها على سبيل الحصر لتساير روح الشريعة التى تدعو إلى توطيد الحياة الزوجية واستقرارها وبقائها سليمة نقية ٠

لذلك فقد قضى بأنه لامحل للقول بعدم الكفاءة فى السن وعقم الزوجة ، والإعسار للحصول على التطليق ٠ وذلك لأن شرائع الأرثوذكس والانجيليين تأخذ بأسباب الطلاق المحددة ٠

وأكد القضاء كذلك أن أسباب الطلاق تعد من القواعد الآمرة التى لايجوز الاتفاق على مايخالفها ٠ ومن ثم فإنه لايجوز للزوج المسيحى حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ، أو حتى عن طريق تراضى الطرفين ، بل لابد من حكم تصدره المحكمة بناءا على توافر أحد الأسباب المحددة على سبيل الحصر ٠

إلا أن هناك كثير من أسباب الطلاق التى تتسم بدرجة كبيرة من المرونة بحيث تقبل التفسير وتحتمل التقدير ، مما يمكن أن تنطوى على كثير من التطبيقات ، بل أنها تسمح للأطراف بمكنة التحايل والإتفاق على الطلاق من خلالها ٠ وهى تترك للقاضى كذلك سلطة تقديرية واسعة للقضاء بالتطليق من عدمه٠

وأهم هذه الأسباب : الإعتداء على حياة أحد الزوجين والإيذاء الجسيم له ، وتصدع الحياة كما سنرى بالتفصيل ٠

ومن الأسباب التى تكاد تتفق عليها الشرائع المسيحية كسبب لإنحلال الزواج ، إختلاف الدين ، ولكن هذا السبب يكاد يكون معطلا بسبب تطبيق الشريعة الإسلامية ٠

(ب) مدى إعتبار إختلاف الدين سببا لإنحلال الـــزواج فـــى الشرائع الدينية :

كقاعدة عامة تقيم الشرائع المسيحية واليهودية من اختـــلاف الديـــن مانعا من موانع الزواج ، بل وتجعل منه سببا لإنهاء الرابطة الزوجية ، إذا ما غير أحد الزوجين ديانته بعد قيامها .

فتنص شريعة الأقباط الأرثوذكس على أنه " ينفسخ الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى ".

وتعطى شرائع الروم والأرمن والبروتستانت لكل من الزوجين الحق فى طلب الطلاق إذا ارتد الزوج الآخر عن الديانة المسيحية .

أما عن شريعة الكاثوليك فتجعل من اختلاف الدين مانعا من موانـــع الزواج التى تبطله ، إلا أنها تضيف كذلك مايسمى بالإمتياز البولســـى ومقتضاه أنه إذا تزوج شخصان غير مسيحين ثم اعتنق أحدهما الديانـــة المسيحية الكاثوليكية ، فيجوز له أن يعقد زواجا آخـــر علـــى مســـيحى كاثوليكى ، وفى هذه الحالة يعتبر الزواج الأول منحـــلا ، إلا أن هـــذا الإنحلال لايتم إلا بعقد الزواج الجديد صحيحا .

إلا أنه أيا كانت النصوص السابقة فى كافة الشرائع الدينيـــة فـــإن الأمر يعد قليل الأهمية من الناحية العملية لأن مجرد اختلاف الديـــن أو الملة بين الزوجين يؤدى إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فإنه لايمكن إعمال النصوص المذكورة .

(ج) ولكن ماهو حكم الشريعة الإسلامية ؟

إذا كان تغيير الدين إلى الإسلام ، فالزواج يكون صحيحا ولاينحـــل إذا كان الزوج هو المسلم ، لأنه يجوز زواج المسلم من الذمية . أما إن كانت الزوجة هى التى اعتنقت الإسلام فإنه يقضى بالتفريق بينـــهما إذا

امتنع الزوج عن الدخول فى الإسلام •

أما إن كان تغيير الدين إلى غير الإسلام ، فإنه لايؤثر فى الـــزواج لأن الشريعة الإسلامية ــ التى ستطبق فى هذه الحالة ــ لا تمنع الزواج بين الذميين كالمسيحى واليهودية•

وبعد أن رأينا حكم اختلاف الدين كسبب مشترك بين كافة الشـــرائع الدينية لإنحلال الزواج ، ننتقل الى دراسة سبب آخر للتطليق تشترك فيه الشريعتين الأرثونكسية والبروتستانتية ألا وهو الزنا وسوء السلوك ، ثم نتناول بعد ذلك ــ فى مطلب ثانى ــ اسباب التطليق الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية •

المطلب الأول
الزنا وسوء السلوك كسبب للتطليق عند الأرثوذكس والبروتستانت

تجيز الطوائف المسيحية عامة ــ عدا طائفة الكاثوليك ــ الطـــلاق لعلة الزنا ، ويلحق به سوء السير والسلوك ، استنادا إلى ما ورد فـــى الإنجيل لحكمة يحتمها ويقتضيها العقل فى مظنة اختلاط الأنساب فضلا عن الإستهانة والاستخفاف برابطة مقدسة جمعت الزوجين فحق عليـهما مراعاتها واحترامها • هذا فضلا عما ينطوى عليه من اخــــلال فـــادح بواجب الامانة والاخلاص بين الزوجين •

فالزنا أو سوء السلوك يعتـــبر ســـببا للتطليـــق فـــى الشـــريعتنين الأرثوذكسية والإنجيلية ، أما بالنسبة للكاثوليك فإنه يعد من أهم الأسباب التى تبرر الانفصال الجسمانى •

(أ) زنا الرجل أم زنا المرأة :

تسوى الشرائع فى الحكم بين زنا الرجل وزنا المـــرأة ، فكلاهمـــا ينطوى على إخلال بواجب الأمانة والإخلاص ، والحكمــــة تقتضـــى عقاب الزنا فى الحالتين • فالنصوص تشير دائما إلى زنا أحد الزوجين، رجل كان أم امرأة •

إلا أن السريان انفردوا بالإعتداد بزنـــا المـــرأة فقـــط ، فتقضـــى مجموعتهم بأن " زنا المرأة هو حجة طلاقها وليس كذلك زنا الرجـــل " وتستند فى ذلك إلى أسباب ثلاثة هى :

١ - أن فضاحة المرأة بسبب الحبل أكثر من الرجل •

٢ - أن أولاد الزانى لايختلطون بأولاد امرأتـــه الشـــرعية ولايرثـــون معهم، أما أولاد المرأة الزانية فإنهم يختلطون بأولاد زوجها الشـــرعى ويرثون معهم بخلاف الحق •

٣ - أن أولاد الزناة هم أولاد بالظن وأولاد الزانيات أولاد حق •

ويرفض القضاء بحق تلك التفرقة ويعتد بالزنا كسبب للتطليق أيـــا كان شخص من ارتكبه ، لأن السلوك الخاطئ له نفس الطبيعة مهما كان من قام به ، وينطوى بذاته على اخلال بواجبات الزوجية فى الحالتين •

(ب) مفهوم الزنا المبرر للطلاق :

يتوافر الزنا فى حالة اتصال أحد الزوجين بشخص آخـــر اتصـــالا جنسيا ، بل أن مجرد عقد زواج ثان ولو لم يتبعه دخول يعتبر من قبيل الزنا طالما أن الرابطة الزوجية الأولى لازالت قائمة •

ولايعتد إلا بالإتصال الجنسى عن حرية واختيار ، فلا نكون بصدد زنا فى حالة الاغتصاب أو التخدير •

ويختلف مفهوم الزنا كسبب للتطليق عن الزنا كجريمة فى قـــانون العقوبات ، فالأول يفهم بمعنى واسع كما سنرى ، أما الثانى فيقتصـــر على المواقعة الفعلية ، ويجب أن تكون على فراش الزوجيـــة بالنسـبة للزوج • ويشترط لإثباته أدلة معينة[1] •

لذلك لايلزم للإعتداد بالزنا كسبب للتطليق رفع دعـوى جنائيـة إلا أنه إذا رفعت الدعوى الجنائية عن الزنـــا فـــإن محكمـــة الأحـــوال الشخصية تلتزم بوقف الفصـــل فى الدعـــوى حتـــى يصـــدر الحكـــم الجنائـــى • فإذا حكم بالإدانـــة تعين الحكم بالتطليـــق ، أمـــا أن كـــان الحكم بالبراءة ، فإنه لايقيد محكمة الأحوال الشخصية لإختلاف مفهـــوم الزنـــا فى الأحوال الشخصية عنه فى القانون الجنائى • فمفـــهوم الأول أكثر اتساعا •

(ج) الزنا الحكى ـ سوء السلوك :

يشمل الزنا فى الشرائع الطائفية الزنا الحقيقى ، وحـــالات أخـــرى يطلق عليها الزنا الحكمى ، وهى التى لايصل الوضع فيها إلى الإتصال الجنسى الكامل ، وإنما تكون سبيلا إلى الظن بأنها تؤدى إليه • ومثالها أن تتواجد المرأة فى محلات الفجور واللهو أو تواجدها فى بيت لايؤمن فيه على عفتها •

والنصوص قاطعة فى هذا المعنى : " فإذا ساء سلوك أحد الزوجين سلوكا معيبا لايتفق مع الإحترام الواجب للزوج الآخر ولو لم تكن هناك أدلة على الزنا فإنه يحكم بالطلاق " • " وإذا ساء سلوك أحد الزوجيـــن وفسدت أخلاقـــه وانغمس فى حياة الرذيلة ولم يجد فى إصلاحه توبيـــخ

---

(١) التطليق لعلة الزنا ــ إن ثبت فى جانب المرأة ــ لايشترط فيه بيان الإسم الصحيـــح لشريكها فى جريمة الزنا • طعن رقـــم ١٣ لســـنة ٥١ ق (أءوال شـــخصية) جلســـة ١٩٩٠/١١/٢٠ •

الرئيس الدينى ونصائحه فاللزوج الآخر أن يطلب الطلاق"[1] .

إذا تمادت المرأة فيما يوجب ايقاعها فى الفساد خلافاً لشروط الزيجة المسيحية ، أى أن سارت ولهت مع رجال أجانب أو ترددت إلى أماكن اللهو بدون زوجها أو مايجرى مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تتب بل استمرت فى المواظبة على قباحتها حتى بعد استماع النصح والتوبيخ والردع من الرئيس الدينى أكثر من ثلاث مرات يكون ذلك موجباً لفصلها من الرجل بفسخ الزيجة.

- فتلك النصوص قاطعة فى الإعتداد بسوء سلوكها كسبب للتطليق **إذا ماتكرر الأمر على نحو لايرجى اصلاحه .**

فقد حكم بأن سوء سلوك المدعى عليها الثابت من الحكمين المقدمين القاضيين بإدانتها والحكم عليها بالحبس ابتدائياً واستئنافياً لتحريضها للغير على ارتكاب الدعارة وإدارتها مسكنها لهذا الغرض فضلاً عما فيه من دلالة واضحة على سلوكها الشائن ، فهو يحمل على الإعتقاد بإرتكاب الزوجة نفسها لجريمة الزنا ، لأن من يرغب فى إرتكاب الفحشاء إذا لم يجد لديها نسوة فلا يستبعد أن تقوم بنفسها بهذا الغرض المنافى للآداب .

واعتبر القضاء كذلك فى حكم الزنا " كما إذا سكرت الزوجة أو ترددت على الملاهى مع رجال أجانب بدون إذن زوجها أو ما يجرى

---

(١) النص فى المادة ٥٦ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس على أنه " إذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت اخلاقه وانغمس فى حياة الرذيلة ولم يجد فى اصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه فاللزوج الآخر أن يطلب الطلاق " يدل على أنه يجوز الحكم بالتطليق إذ أتى احد الزوجين افعالا تنطوى على إخلال جسيم بواجب الاخلاص نحو الزوج الآخر ، دون أن تصل الى حد الزنا وأن يعتاد على ذلك بصورة لايرجى فيها إصلاحه ، على أنه لامحل لإشتراط توبيخ الرئيس الدينى مادام قد ثبت اعتياد الزوج على السلوك السئ . نقض ١٩٧٣/٦/٦ س ٢٤ ص ٨٧٠ .

مجـرى ذلك مما يشين عرضها أو يعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولـم تتب واستمرت بعد نصحها فى غيها " ٠

وقضى أن التطليق كما يكون لعلة الزنا يكون أيضاً لسوء السـلوك الذى لايرقى إلى هذا الحد ، لما كان ذلك ، وكان سوء السلوك مسـألة نسبية تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر ، فإن تقدير ما إذا كانت الأفعال المكونة لسوء السلوك بلغت من الخطورة بحيث تخل بمـا يجب من اخلاص بين الزوجين أو يحتمل معها أن تؤدى إلـى الزنـا مرجعه إلى محكمة الموضوع تستخلصه من ظروف الدعـوى بغـير معقب عليها من محكمة النقض مادام إستخلاصها سائغاً ، وهـى غـير مقيدة فى ذلك بما تضمنه النص من أن يوبخ الرئيس الدينى الزوج سيئ السلوك فلا يرتدع ، إذ هذا التوبيخ لايعد شرطاً للتطليق بل هو من قبيل الزجر الدينى وليس إجراء قانونياً يقتضيه تطبيق النص[1] ٠

– والنصوص والأحكام السابقة وإن كانت تواجه فرض سوء السـلوك **من جانب المرأة**، إلا أن الحكم واحد **بالنسبة للرجل** كذلك ٠

وإن كان التركيز بالنسبة للرجل على الصورة البارزة مـن سـوء سلوكه فى مواجهة زوجته ألا وهى " إذا تحيل الرجل على إفساد عفـة زوجته لأى أمر وبأية وسيلة ٠٠ فهذا موجب لفسخ الـزواج بينـهما " ويحكم بالطلاق بناء على رغبة الزوجـة إذا فسـدت أخـلاق الـزوج خصوصاً إذا دفع زوجته إلى الرذيلة بقصد المتاجرة بعفافـها " ٠ " وأن للزوجـة أن تطلب الحكم بطلاقها من زوجها إذا كان يحبسها معتدياً فى ذلك على عفافها فيدفعها لتزنى مع آخرين "٠

وقضى بأنه " يتفرع منه (من السلوك السـيئ) كذلـك إذا تحيـل الرجل على فساد عفة زوجته بأى سبب كان " ٠

---

(١) نقض ١٩٨٠/١٢/٣٠ س ٣١ ملحق ج ١ ص ١٠٨٣ ٠

إلا أن غالبية النصوص تسوى بين سلوك الرجل المشين وسلوك المرأة كسبب للتطليق • فقد اعتبر القضاء من وشوك الرجل على الفساد وارتكاب الزنا والتردى فى الخطيئة لإشباع غريزته الجنسية ، ولو بسبب مرض زوجته مرض يعدم صلاحيتها للمعاشرة الجنسية ولاينتظر برؤها منه ، داعيا للطلاق وأنه يجوز التطليق فى حالة فساد اخلاق الزوج أو سلوكه سلوكا معيبا لايتفق مع الإحترام الواجب للزوجة •

وإذا ماثبت أمام القاضى وقوع الزنا الحقيقى ، فإنه لايملك سوى الحكم بالتطليق إذا ماتوافرت شروطه ، أما بالنسبة لسوء السلوك أو مايسمى بالزنا الحكمى فإن للقاضى سلطة تقديرية واسعة • إذ يتعلق الأمر بمسألة نسبية تختلف حسب المجتمعات والأوساط والظروف المحيطة • لذا يستقل قاضى الموضوع وحده بتقدير كل حالة على حدة(١) •

---

(١) ولما كان الثابت من مدونات الحكم الإبتدائى أن الطاعن وأن أسس دعواه ابتداء على استحكام النفور بينه وبين زوجته المطعون ضدها واستدامته لأكثر من ثلاث سنوات إلا أنه أضاف أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة سببا آخر للتطليق هو سوء سلوك هذه الزوجة واستدل على ذلك بحضورها المدينة رفقة ابن عم لها ومبيتهما سويا فى أحد الفنادق ، وقد أقرت المطعون ضدها بهذه الواقعة وعولت عليها المحكمة فى قضائها بالتطليق ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ طرح هذا السبب على سند من عدم جواز أثارته لأول مرة فى الاستئناف رغم سبق طرحه أمام محكمة أول درجة يكون قد خالف الثابت بالأوراق وحجب نفسه عن تمحيص أوجه التدليل عليه مما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الآخر للطعن • طعن رقم ٤٢ لسنة ٤٩ ق – جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ •

تقرير سوء السلوك من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يقتنع به مادام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التي ينتهى إليها • وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض للمستندات التى قدمها الطرفان وأقوال شهودهما قد خلص إلى أن بينة الطاعن الأول جاءت قاصرة عن اثبات سوء سلوك المطعون عليها وذلك على قوله "••••" وكان هذا الذى أورده الحكم استخلاصا موضوعيا سائغا مما له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإن النعى لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل مما لاتجوز اثارته أمام محكمة النقض • نقض ١٩٨٦/٤/٢٢ س ٣٧ ج ١ ص ٤٥٧ •

فالأمثلة السابقة التى اعتدت فيها المحاكم بسوء السلوك تختلف عن تلك التى رأت فيها سلوكا لايستحق هذا الوصف • وقد حكم بعدم الإكتفاء بتوافر الشائعات عن سلوك الزوجة وخاصة إذا خلت تلك الشائعات من تحديد واقعة معينة تنم عن سوء أخلاق الزوجة •

وحكم بأنه لايكفى رؤية الزوجة جالسة إلى جوار رجل داخل سيارته إذا لم يبدو منهما مايريب تلك الزوجة ، أو وجود المرأة فى محل عام دون أن تشرب خمر ، أو وجود صور لها مع آخرين فى أوضاع طبيعية • وحكم كذلك بأن اصطحاب الزوج لبعض النسوة الى منزل الزوجية لايعد من سوء السلوك ، وان وجود شخص مع الزوجة فى المنزل لايستفاد منه سوء سلوكها طالما لم تكن فى حالة مريبة معه•

وحكم أيضا بأنه لايأخذ وصف سوء سلوك رؤية المرأة بعد عشرين يوما من الزواج مع شخص أجنبى فى السينما يجلسان متجاورين مادامت قد عللت ذلك بأنها قابلته صدفة أمام السينما وكانت تعرفه لأنه جارها قبل الزواج ، فأعطته جنيها لكى يقطع لها التذكرة لدخول السينما بالنسبة للزحام ، فقطع لها التذكرة • وجلسا بجوار بعضهما • فالأمر وان كان يتنافى مع الأخلاق إلا أنه لاينبئ عن سوء السلوك المبرر للطلاق والذى يستلزم الاعتياد على ذلك ، إذ قد يكون ما حدث أمرا عارضا •

- ويجدر الإشارة أخيرا بأن الأفعال التى تشكل سوء سلوك أو زنا حكمى هى تلك التى تتم أثناء الزواج لاقبله • إذ لايعد سوء سلوك أحد الزوجين قبل الزواج مبررا للطلاق •

وقد أكدت محكمة النقض سوء السلوك وشروطه كسبب للتطليق بقولها " أن نص مجموعة الأقباط الأرثوذكس على أنه إذا ساء سلوك

أحد الزوجين وفسدت أخلاقه وانغمس فى حمأة الرذيلة ولم يجد في اصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه ، فللزوج الآخر أن يطلب الطلاق – يدل على أنه يجوز الحكم بالتطليق إذا أتى أحد الزوجين أفعالا لاتنطوى على إخلال جسيم بواجب الاخلاص نحو الزوج الأخر دون أن يصل الى حد الزنا ٠ وان يعتاد على ذلك بصورة لايرجى منها صلاحه ، على أنه لامحل لإشتراط توبيخ الرئيس الدينى مادام قد ثبت اعتياد الزوج على السلوك السيئ ٠

(د) إثبات الزنا :

الزنا يعتبر واقعة مادية ومن ثم يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات كشهادة الشهود[1] والقرائن ٠ إلا أنه ينبغى أن تكون القرائن قاطعة وليست مجرد شائعات ٠ وخاصة أنه من النادر أن ينصب الاثبات على الواقعة ذاتها ، بل على القرائن المحيطة ٠ ويترك الأمر لتقدير قاضى

---

(١) وحيث أن حاصل النعى بالسبب الثانىالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الإستدلال، وفى بيانه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه عول فى قضائه بالتطليق على أقوال شاهدى المطعون عليها مع أنهما لم يعاينا الوقائع المشهود بها وإنما جاءت شهادتهما سماعية نقلا عن المطعون عليها وآخرين فلا تكون مقبوله ، وإذ أخذ بها الحكم رغم ذلك فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه الفساد فى الإستدلال ٠

وحيث أن هذا النعى غير سديد ، ذلك أنه وإن كان الغالب فى الشهادة أن تكون مباشرة بأن يقرر الشاهد فى مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها بإعتبار حدوثها تحت بصره وسمعه وهى أعلى درجات الشهادة ، إلا أنها قد تكون غير مباشرة أو سماعية بأن يقرر الشاهد بسماعه عن الواقعة رواية عن شخص معين وهى أقل درجة من الشهادة المباشرة وتخضع من حيث قيمتها فى الإثبات لتقدير قاضى الموضوع ، هذا بخلاف الشهادة بالتسامع التى يقرر فيها الشاهد بما يتناقله الناس عن الواقعة المراد إثباتها وهذه أدنى درجات الشهادة ولاتقبل إلا فى الحالات التى يحددها الشارع ، وإذ كانت مجموعة قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأقباط الأرثوذكس – التى ينتمى إليها الطرفان – والتى أقرها مجلسهم الملى العام فى سنة ١٩٣٨ لم تقيد الشهادة على سوء سلوك أحد الزوجين بأى قيد مما مقتضاه أن يكون للقاضى قبول الشهادة ولو كانت سماعية متى إطمأن إليها ، وكان البين مما أورده الحكم من شهادة شاهدى المطعون عليها أن أولهما عاين بنفسه الواقعة المشهود بها وأن الثانى سمع بها ممن كان طرفا فى العلاقة الآثمة المستدل بها على سوء سلوك الطاعن ، فإن النعى عليه فى خصوص قبوله هذه الشهادة يكون على غير أساس ٠ نقض ١٩٨٣/٥/١٧ س ٣٤ ج ٢ ص ١٢٠١ ٠

الموضوع ليقدر كل حالة على حدة من خلال ظروف الدعوى والأدلة المقدمة .

فقد حكم بأن " ما ينعاه الزوج على زوجته من أنها أقامت بمنزل أجنبى عنها لايؤكد وقوع الزنا أو فساد الزوجة ، إذ من الجائز أن تكون تلك الاقامة مردها تربية أولاد من أقامت لديه الزوجة وتعليمهم على النحو الذى ذكرته الزوجة .

بل أن القضاء قد ذهب إلى أبعد من ذلك " أن المدعى أسس دعواه على الزنا المستفاد من واقعة وضع زوجته مولودا بالمستشفى واقرارها بأنه ولد سفاحا ، وأن هذا الذى ذكره المدعى وارتكز عليه دليلا على قيام حالة الزنا من مدلول الواقعة بادية الذكر لاتطمئن اليه المحكمة فى قيام الحد على الزوجة ، إذ لو صح قيامه فإنه يدل على حصول اتصال جنسى بين المدعى عليها وآخر سابق على تاريخ الزواج ولم تفصح الأوراق عن حقيقته ، ولاسيما وان اثارتها على هذا الوضع حصل أثناء الخصومة ، ولما كان ذلك فلا اعتداد بهذه الواقعة فى إثبات ماتضمنته من دليل فى هذا الخصوص".

ومن أمثلة القرائن التى أوردتها بعض الشرائع الطائفية فى هذا المجال ، حمل المرأة وزوجها غائب أو كان حاضرا ولكنه لم يدن منها، وشهادة أكثر من شاهدين ثقة من المؤمنين واقرار الزوجة بالزنا . وتلك أمثلة بطبيعة الحال ، فيمكن للأدلة والقرائن أن تتعدد فى هذا المجال.

إلا أنه ينبغى **التحفظ فى الأخذ بالإقرار** كدليل على الزنا أو سوء السلوك ، إذ ينبغى أن يكون من خلال أدلة أخرى تشير بدلالته[1] ، والا

(١) أن المقرر – وعلى ماجرى بع قضاء هذه المحكمة وإعمالا لأحكام المادة ٦٢ من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس أنه لايؤخذ بإقرار المدعى عليه من الزوجين بما هو منسوب إليه مالم يكن مؤيدا بالقرائن أو شهادة الشهود.لما كان ذلك وكان الحكم =

يتناقض مع الوقائع الواردة بالدعوى ، وكثيراً ما يكون الاقرار وسـيلة متفق عليها بين الزوجين لإنهاء الزواج .

إلا أن المحكمة إذ طرحت الأخذ بالإعتراف فإنه ذلك يجب أن يكون مبنياً على أسباب كافية تبين عدم جديته . " فمجرد انكار الزوج بـادئ الأمر ثم اعترافه بعد ذلك بالعلاقات مع غير زوجتـه حـال وجودهـا بمنزل والديها لايمكن أن يستخلص منه أن هذا الاقرار غير جدى ، فقد ساقت الزوجة بالجلسة التى صدرت فيها ذلك الاقـرار وقـائع معينـة بالذات وأبدت استعدادها لإثباتها ، وإذ تأكد الزوج أن الزوجة لاتعجـز عن هذا الثبوت وخاصة أنها كانت تستند إلـى أوراق تضمنـت هـذه الوقائع موقع عليها ممن شاهدوها ، لم يجد بداً مـن التسـليم بـها .. ولاجدال أن هذه الأقوال فى مجموعها تحمل فى طياتها عدم التواطـؤ ، وتنبئ عن صدق ماقررتـه الزوجـة مـن اخـلال الـزوج بـالإلتزام الاخـلاص".

لهذا يرفض القضاء الإقرار الصادر من الشخص الذى وقع فى الزنا ويريد الاستفادة من ذلك بحصوله على حكم بالتطليق . فقد حكم " بـأن الزنا سبب صالح للتطليق وأن الزوج الذى يدعى بوقوعه هو فى الزنـا لايستطيع الوصول الى التطليق لأنه المتسبب بخطئه فلا يستفيد منـه ، فضلاً عن أن الزوجة تنازلت عن التمسك بحقها فى التطليق فـى هـذه الدعوى " .

- ولايلزم اتباع **أدلة الاثبات المقررة فى قانون العقوبات** بشأن إثبات الزنا كجريمة جنائية . فقد استلزمت المادة ٢٧٦ عقوبات القبض علـى الزوج حين تلبسه بالفعل أو إعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخـرى

= المطعون فيه والمؤيد للحكم الابتدائى قد أقام قضاءه بتطليق الطاعنة لعلة الزنا اسـتناداً إلى الاقرارين الصادرين منها بإرتكابها جريمة الزنا وأيد ذلك بقرينة مستمدة من خطـاب صادر منها متضمناً أقرارها بواقعة الزنا فإن ما أثارته بسبب النعى يكـون علـى غـير أساس . طعن رقم ١٣ لسنة ٥١ ق (أءوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩٠/١١/٢٠ .

مكتوبة منه ، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم ، هذا بالإضافة الى أن زنا الزوج ينبغى أن يكون بمنزل الزوجية ، أما زنا الزوجة ففى أى مكان .

أما الزنا كسبب للتطليق ، فيمن اثباته بكافة طرق الإثبات وأيا كان مكان وقوعه . ولاشك أنه يسهل ذلك إذا صدر حكم جنائى بالإدانة ، حيث يلتزم به قاضى الأحوال الشخصية ويحكم بالتطليق أما إن كان بالبراءة فإن هذا لايقيده . إذ لايلزم فى التطليق لعلة الزنا ثبوت ذلك بحكم جنائى بل يكفى تقديم الدليل المقنع القاطع فى حصوله .

(هـ) سقوط الحق فى التطليق للزنا :

يسقط حق الزوج فى طلب التطليق فى حالة ارتكاب الزوج الآخر لجريمة الزنا أو لسوء السلوك فى عدة حالات :

- لاتقبل دعوى الزنا إذا كان الزوج قد وافق عليه أو كان هو الذى دفع الزوج الآخر لإرتكابه لسبب ما كان يتعول من وراء ذلك .

- إذا كان الزوج هو نفسه مخطئا ، بأن يكون قد ارتكب هو الآخر جريمة الزنا أو صدر منه نفس السلوك السيئ .

- أن يكون الزوج قد صفح عن الزوج الآخر صراحة أو ضمنا ، سواء كان ذلك قبل أو بعد رفع الدعوى[1] .

ولاشك أن مرور مدة كافية على عدم رفع الدعوى يعتبر قرينة على صفح الزوج ، فبعض الشرائع تقضى بإنقضاء دعوى التطليق بمرور

---

(١) طبقا لمجموعة الأقباط الأرسوذكس " لاتقبل دعوى الطلاق إذا حصل صلح بين الزوجين سواء بعد حدوث الوقائع المدعاة فى الطلب أو بعد تقديم هذا الطلب " مفاده أن حق الزوج البرئ فى طلب التطليق لعلة الزنا يسقط إذا تم صلح بين الطرفين ، أو ثبت أن الزوج البرئ صفح عن الزوج المخطئ صراحة أو دلالة بعد حدوث الواقعة . طعن رقم ١٦ لسنة ٥٨ ق (أحوال شخصية) ـ جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ .

عام من حين علم الزوج بسبب التطليق ، وإلا فمرور عشرة أعوام من يوم وجود هذا السبب ، مع مراعاة أن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها سقوط الدعوى .

من المسلم به أن من حق الزوج رفع دعوى مدنية لطلب التعويض ضد الزوج الزانى ، هذا بالإضافة الى حقه فى تقديم الشكوى الى النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية ، فإذا تنازل عن الدعوى الجنائية اعتبر هذا تنازلا عن الدعوى المدنية كذلك ، إلا أن تنازل الزوج عن شكواه فى حالة الزنا وعن دعوى التعويض المقدمة منه يقتصر أثره على الدعويين الجنائية والمدنية ، ويبقى بالضرورة حقه فى علاقته الشخصية بالزوجة قائما ، فله أن شاء طلب فصم أواصر الزوجية من المحكمة .

المطلب الثانى
أسباب التطليق عند الأرثوذكس

رأينا أن شريعة الأرثوذكس تعتبر أكثر الشرائع المسيحية توسعا فى قبول أسباب التطليق ، فهناك الى جانب الزنا واختلاف الدين ، توجد أسباب أخرى كالغيبة والمرض والحكم على أحد الزوجين بعقوبة ، وأضرار أحد الزوجين بالأخر ، وتصدع الحياة الزوجية والرهبنة ، هذا بالإضافة إلى حالات خاصة ببعض الطوائف كزوال البكارة عند الروم.

ونلاحظ أن من تلك الأسباب ما يتخذ طابعا جزائيا ، فالتطليق يكون كجزاء على خطأ جسيم ارتكبه أحد الزوجين كالزنا وتغيير الدين والحكم بالعقوبة والاضرار بالأخر . ومن تلك الأسباب ما يتخذ طابعا علاجيا ، فالتطليق يكون كعلاج أى للتخلص من رابطة زوجية لاينتظر أن تحقق فى ظروف معينة الغاية المرجوة منها ، وذلك كالمرض والغيبة

والرهينة.

ولهذا التقسيم أثره على نظام التطليق من ناحيتين :

الأولى ، أنه فى حالات الطلاق كجزاء يمكن التصالح بين الزوجين، ويؤدى هذا الى سقوط الحق فى طلب التطليق ، إذ يعد هذا نزولا عن الحق فى المطالبة بالتطليق نتيجة العفو عن خطأ الزوج صراحة أو ضمنا .

الثانية ، أنه لاشك أن تحديد آثار التطليق من الناحية المالية والشخصية كالحق فى الحضانة وضم الأولاد ، يتوقف الى حد بعيد على طبيعة الطلاق ، فإذا كان ناجما عن خطأ من أحد الزوجين ، فإن ذلك يؤثر بالضرورة فى حقوقه المالية والشخصية كما سنرى .

وننتقل الآن إلى دراسة أسباب التطليق فى الشريعة الأرثوذكسية بصفة عامة .

الفرع الأول

المرض

ذكرنا أن إصابة أحد الزوجين بمرض كالجنون أو العجز الجنسى قبل الزواج ، يعتبر مانعا من الموانع الشخصية للزواج ، أما إن كانت الاصابة بالمرض لاحقة على الزواج ، فإن للزوج الآخر أن يطلب التطليق إذا توافرت شروطه .

(أ) شروط التطليق بسبب المرض :

استقر القضاء على تطبيق الشروط الواردة بمجموعة الاقباط الأرثوذكس للحكم بما إذا كان المرض يصلح كسبب للتطليق من عدمه.

فقد أكد القضاء بأن المشرع لدى الأقباط الأرثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق ، ومن ثم فإنه لايجيز التطليق بسبب كل مرض يصيب أحد الزوجين وإلا لما كانت معاونة أو مساعدة من جانب أحد الزوجين للآخر تمليها الحكمة من الزواج . وإنما وضع قانون الأحوال الشخصية لديهم ضوابط استمدها من شروح رجال الدين ونصوصهم ، فأوجب فى المرض المثبت للتفريق ثلاثة شروط هى :

١ - أن يكون ذلك المرض مما لا تقوم معه الحياة الزوجية المشتركة إلا بضرر جسيم يلحق بأحد الزوجين من ناحية خطر العدوى ، كالسل أو من ناحية عدم إمكان تحقيق أية غاية من غايات الزواج ، وذلك كالجنون والعجز الجنسى . فالمحكمة تقدر مدى جسامة المرض ومدى استحالة الحياة الزوجية مع قيامه .

٢ - أن يكون قد انقضى ثلاث سنوات على المرض . وذلك لكى "لايهرع أحد الزوجين بمجرد اصابة قرينه طالبا فض شركة العمر التى كان مفروضا أن تدوم لولا رعاية من الشرائع والقوانين لحال الزوج الذى يصاب قرينة بما يمنع تحقيق غايات الزواج " .

٣ - أن يثبت فى نهاية تلك المدة أن المرض مستحكم لايمكن البرء منه ، فإن كان يرجى شفاؤه فلا يجوز التفريق من أجله .

وقد ذهبت بعض المحاكم إلى الإكتفاء بهذا الشرط دون اشتراط مدة الثلاث سنوات ، فقد حكمت بالتطليق بعد مضى سنة مادام أن " المرض مما لايمكن زواله ، وكان الفريق الآخر مما لايحتمل الصبر " .

ولكن غالبية المحاكم تتطلب الشرطان معا ، فهذا يتفق مع صراحة النص من جهة ، والإعتبارات الإنسانية من جهة أخرى . فشرط المدة يكمن فى الجانب النفسى للمريض والروح الأسرية الواجبة هذا

بالإضافة إلى أن القطع بالقابلية للشفاء من عدمه أمر لازال الطلب أمامه فى حالة من عدم اليقين ٠

٤ – يضيف القضاء شرطا آخر مقتضاه ألا يكون سبب المرض راجعا إلى فعل الزوج الآخر وخطئه وإهماله فى العناية بزوجه ، فالزوج الذى لم يكفل لزوجته العناية والرعاية الصحية والغذاء المناسب والسكن الملائم ، مما أدى إلى إصابتها بالسل ، لايجوز له طلب التطليق لأنه هو الذى تسبب فى هذا المرض ، ومن ثم فليس له أن يتسفيد من تقصيره ، على أن ذلك يعتبر مسألة موضوعية تخضع فى تقديرها واثباتها لمطلق سلطان محكمة الموضوع ٠

٥ – اعتبر القضاء طلب التطليق فى هذه الحالة حق للزوج الصحيح دفعا للضرر الذى يمكن أن يلحقه من جراء علة الزوج الآخر والتى تتنافى مع تحقيق أهداف الزواج ٠

لذلك قضى " بأن رغبة الزوج فى التخلص من الحياة الزوجية لاتبرر اجابته لطلب الطلاق ولو كان سنده مرضه عشرين عاما بمعدته وسوء حالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشرة الزوجية وأدى الى استمرار النزاع لمدة عشر سنوات وترك مسكنه ، مادامت الزوجة تعلم بحالته وترضاه وترعاه أثناء مرضه " ٠

تلك هى الشروط التى يستلزمها القضاء فى المرض للحكم بالتطليق بسببه ، وهى مأخوذة أساسا عن مجموعة الأقباط الأرثوذكس ، ومع ذلك فهناك بعض الخلاف حول الأمراض التى تنطبق عليها تلك الشروط وتصلح سببا للتطليق ٠ فتشريعات طوائف الأرثوذكس قد أوردت بعض الأمراض ، فهل يكتفى بها أم يقاس عليها طبقا للشروط العامة المذكورة٠ هناك بعض الأمراض المتفق عليها وأخرى اقرها القضاء ٠ إلا أن المحاكم من جهتها قد استبعدت صراحة بعض

الأمراض التى يمكن أن تثير اللبس فى هذا المجال ٠

(ب) الأمراض التى تصلح سببا للتطليق ٠

أولا : الجنون : وتجمع الطوائف الأرثوذكسية على الأخذ به كسبب للتطليق ، ويشترط أن يكون الجنون مطبقا أى مستمرا بمعنى أنه لايفيق صاحبه فى فترات من الزمن ٠ ويجمع الفقه كذلك على الإعتداد بالجنون المتقطع الذى تغلب فيه فترات المرض على فترات الافاقة ، وكذلك العته لأن الحكمة واحدة ويسوى القانون بينه وبين الجنون ٠

ولاشك أن الجنون يعتبر من الأمراض التى تشكل خطرا على حيلة الزوج الآخر ، إلا أنه يلزم أن يكون المرض غير قابل للشفاء أو أن يستمر مدة ثلاث سنوات ٠

وتطبيقا لذلك فقد حكم بأنه إذا كانت الزوجة قد أصيبت بالجنون ، إلا أنها لم تمكث بمستشفى الأمراض العقلية سوى فترة قصيرة ، ابلت من مرضها وعادت إلى حالتها الطبيعية كما هو باد من مناقشتها ، فإنه لايقبل طلب الزوج بالتطليق ٠

ثانيا : الأمراض الأخرى : تقتصر بعض النصوص الطائفية على ذكر أمراض معينة كالجنون والمرض الجنسى ، ويضيف بعضها الأمراض المعدية كالجرب والجذام والبرص ، إلا أن الراجح فقها وقضاءا أن الأمراض الواردة هى على سبيل المثال لا الحصر ٠ فكل مرض تتوافر فيه الشروط الثلاثة السابقة يبيح التطليق ٠ ونذكر بأن الشروط تتمثل فى الإضرار بالزوج الآخر وعدم القابلية للشفاء ٠ ومرور مدة الثلاثة أعوام ٠

لذلك حكم بأن " الأمراض التى أشار إليها رجال الدين المسيحى فى شروحهم أو النصوص التى أقروا أحكامها لم تأت على سبيل الحصر ،

بحيث لايعد ما عداها من أمراض غير موجب للطلاق رغم خطورتـــها بل أن اشارتهم لتلك الأمراض قد جاءت على سبيل المثال " •

فقد قضى بأنه قد ثبت من التقرير الطبى على المدعـــى عليـــها أن عندها شللا توتريا بالأطراف مع تأثر بالحساسية وأن خذل العضـــلات وتوترها اصطحب فى حالة الطرفين العلويين برعشة واضحة بـــاليدين وفى حالة الطرفين السفليين بسقوط القدمين ومشية توترية غير متزنـــة ولا مستقيمة ، كما أن الحالة قد اصطحبت بتأثر قوة ودقة إبصار عينيها إلى درجة كبيرة وأن هذه الحالة فى مجموعها بالدرجة التى وضحـــت تجعلها غير صالحة للمعاشرة الزوجية ، وأن حالتها هذه قـــد اســـتقرت على هذا الوضع ولا يرجى تحسنها أو شفاؤها مستقبلا • لما كان ذلـــك وكان الابقاء على هذه الحياة الزوجية فيه ضرر جسيم للزوج ، إذ لـــن تتحقق غايات الزواج ، ومن ثم يتعين اجابة المدعى إلى طلب التطليق•

إلا أن ذلك لايعنى التوسع فى تلك الأمراض • فالطلاق يعد استثناء فى الشريعة المسيحية التى تقوم على مبدأ أبدية الزواج لذا يلزم توافـــر السبب الصحيح والمحدد للحكم بالتطليق • فالمرض الذى يعتد به هـــو ذلك التى تتوافر فيه الشروط السابقة • وهذا ما إلتزم به القضاء ويتضح ذلك من خلال الحالات الآتية التى رفض الحكم فيها بالتطليق •

(ج) : الأمراض التى لاتصلح سببا للتطليق :

يرفض القضاء الحكم بالتطليق بسبب الأمراض التـــى لاتتوافـــر فيـــها الشروط السابقة • إلا أن تقدير تلك الشروط يختلف من حالة إلى أخرى ومن قاض إلى آخر نظرا لمرونتها ، فإضرار المرض بالزوج الآخر ، وقابليته للشفاء من الأمور النسبية ، مما ترتب على ذلك مـــن صـــدور أحكام متناقضة فى نفس المسائل • إلا أن هذا أمر طبيعـــى طالمـــا أن تقدير توافر الشروط من عدمه يعتبر مسألة موضوعية تخضع لتقديـــر قاضى الموضوع •

فقد حكم بأن الإصابة بمرض سرى تبيح طلب الطـــلاق • ونفـــس الحكم بالنسبة للسل كمرض مستحكم لايمكن البرء منه ولايمكن المقـــام معه إلا بضرر شديد ويخشى منه على سلامة الزوج •

وعلى العكس من ذلك فقد قضى بأن " المرض القابل للشفاء ولكـــن يخشى منه على سلامة الزوج الآخر لايمنع الزواج ، ولكـــن لايجـــوز الزواج حتى يشفى المريض كالسل فى بدايته والأمراض السرية ، وهنا لم يثبت أن بالزوجة مرضا أو عيبا يوجب التطليـــق" •

" وأنه لاجدال أن السل من الأمراض الجسيمة التى لـــها خطرهـــا خاصة وقد ثبت من التقرير الطبى أن هـــذا المـــرض نـــاقل للعـــدوى بالمخالطة ويترتب عليه استحالة الحياة الزوجية بين الزوجيـــن خشـــية إصابة الزوج بهذا المرض المعدى • إلا أن التقرير الطبى قد إنتهى إلى أن حالة المدعى عليها قابلة للتحسن بالعلاج الطبى الشامل الناجح الـــذى يمكن أن يؤدى الى زوال الارتشاح الدرنى بالرئة اليسرى والى تحســين حالة تمدد الشعب بالرئتين " •

وحكم بأن "المرض الذى أصيبت به الزوجـــة وهـــو درن رئـــوى مزدوج فعال مع سل بالأضلاع ونواسير بجدار الصدر ، من الأمـــواض القابلة للشفاء إذا ما توفر علاجه ، وقد قرر أطباء الدعوى أن الزوجـــة قابلة للشفاء من هذا المرض • ومتى كان الأمر كذلك فـــلا يصـــح أن يعتبر هذا المرض سببا للطلاق إذا طالت مدة العلاج وإلا كانت الحيـــاة الزوجية متوقفة على إصابة احد الزوجين بمرض من هذا النوع • لـــذا يتعين رفض الحكم بالتطليق " •

ونفس الحكم بالنسبة لعدوى درنية نشطة بالرئتين ، فهى وإن كـــانت معدية إلا أنها قابلة للشفاء • وكذلك الحال بالنسبة للربو •

فإذا تبين من التقرير الطبى أن مرض الزوجة قابل للشفاء ، كـــان من المتعين على الزوج أن يقوم بواجب المساهمة فى عـــلاج زوجتــه والإنفاق فى شئون مرضها على قدر طاقته حتى لايطول أمد علاجها • فإن تطور المرض فيما بعد وتعذر شفاؤه ، تحتفظ المحكمة بالحق له فى أن يضع عندئذ فى الحين المناسب هذه الظروف الطارئة تحـــت نظـــر المحكمة •

فإذا كان يرجى شفاء المرض ، فينبغى ألا تطول مدته الى الحـــد الذى يترتب عليه الضرر ، لما كان ذلك فقـــد رأت المحكمـــة تنويـــرا للدعوى وتحقيقا لدفاع الطرفين فيها الإستعلام من مستشفى الأمـــراض الصدرية عن حقيقة مرض المدعى عليها وتاريخ اصابتها بـــه وأثـــره وعما إذا كان يرجى شفاؤها منه والمدة اللازمة لذلك "

وحكم أيضا بأن كون المرأة نحيفة وبها انميـــا ملحوظـــة لايعتـــبر مرضا يبرر الطلاق، كما لا يبرره ماذكره المدعى من فارق السن بينـــه وبين زوجته بفرض صحته وعدم انجابها نسلا " فالعقم وكـــبر الســـن لايعتبران من أسباب التطليق •

وحكم ذلك بأن ظاهرة الشلل النصفى تعتبر من الأمراض المتوقـــع حصولها مع تقدم السن ، وقد بلغت الزوجة ســـن الســـبعين ، بعـــد أن أمضت مع الزوج أربعين سنة ، فلم يكن هذا المرض طارئا فى فجـــر الزواج بل حدث فى غروبه وبعد أن كادت الحياة تأفل فلا يحل للـــزوج بعد أن أمضى هذا العهد الطويل مع زوجته أن يطلب التطليـــق منـــها لمجرد أنها اصيبت بشلل نصفى فى آخر أيامها •

وإن كان الزوج يقول أنه يصغر زوجته سنا وانه فى حاجة الـــى الزواج فإن هذا لايقوم سببا للتطليق ، لأنه عندما تزوج إنما كان يعلم أن زوجته أكبر منه سنا وأن الإنسان مع تقدم السن معرض لمثل المـــرض

الذى أصاب زوجته ، ومن ثم فإن دعوى التطليق من جـــانب الـــزوج تكون على غير أساس حتى إذا لم تعارض الزوجة لأن التطليـــق فـــى شريهة الأقباط لا يكون بالإتفاق أو عدم إعتراض أحد الزوجين بل يجب أن يكون لأسباب توجبها هذه الشريعة " .

وقد رفض القضاء اعتبار مرض القلب سببا للتطليق لأنه لايحـــول دون المعاشرة الجنسية . نفس الحكم بالنسبة للكساح لأنـــه ليـس مـــن الأمراض المعدية ، فضلا عن أنه لم يثبت عدم قابليته للشفاء .

ورفض القضاء كذلك الاعتداد بالأمراض العصبية كسبب للتطليق . فالزوجة المصابة بالصرع والذى أكد الطبيب أنه مـــرض غـــير معـــد ولايخشى منه على سلامة الزوج وأنه وضع الزوجة تحـــت الاختبـــار فحدث لها مايقرب من عشر نوبات صرعية وأن نوبـــة الصـــرع لـــم تتجاوز الخمس دقائق وبهذه المثابة لايعتبر المرض سببا للتطليـــق.

ولايكفى مجرد الإدعاء بالمرض بل يلزم ثبوت ذلك بصورة مؤكدة، فقد حكم برفض إدعاء الزوج بأن زوجته تمتنع عليه أحيانا لإصابتـــها بمرض نسائى ، على أمل أن يجد من ذلك الإدعاء مسوغا للتطليق .

الخلاصـــــة :

أن المرض يصلح كسبب للتطليق إذا ماتوافرت شروطه الســـابقة ، إلا أن تلك الشروط تتسم بالمرونة فى التطبيق حيـــث تـــترك لقـــاضى الموضوع سلطة واسعة فى التقدير بحسب ظروف كل دعـــوى علـــى ضوء تطور المعطيات العلمية ، ومن ثم لايمكن حصر الأمراض التـــى تصلح سببا للتطليق من عدمه . فالبعض كان يصلح فى الماضى بسبب طبيعته المعدية وعدم قابليته للشفاء ، كالسل والأمراض السرية ، أمـــا الآن لم تعد كذلك ، بينما ظهرت أمراض جديدة كمرض نقص المناعـــة

(الإيدز) الذى بلا شك يصلح كسبب للتطليق •

المرض كسبب للتفريق فى الشريعة الإسلامية :

تنص المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه للزوجة التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لايمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن ولايمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجزام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق •• ويستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها •

وقد أخذ القانون ذلك مما قال به محمد بن الحسن من الحنفية والأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، وان كان المذهب المالكى هو أرجح المذاهب فى هذه المسألة •

ويجمع الفقه علي أن العيوب السابقة على سبيل المثال ، ومن ثم يعتد بكل عيب منفراً وضار طالما كان مستحكماً ولا تعيش معه الزوجة إلا بضرر ومن أهمها العجز الجنسى •

الفرع الثانى

العجز الجنسى

(أ) مفهوم العجز الجنسى وصوره :

العجز الجنسى بإعتباره عدم القدرة على الجِماع بصورة عادية قد يوجد لدى الرجل أو لدى المرأة •

ومن امثله العجز الجنسى عند الرجل ، الجب (استئصال عضو التناسل) • الخصاء (نزع الخصيتين لا واحدة) • والخنوثة (إجتماع عضوى الذكر والأنثى فى شخص واحد) • العنة أو إرتخاء عضو التناسل مما لايمكن الرجل من الوصول إلى النساء • والعنة قد تكون عضوية ترجع إلى عيب فى الأعضاء التناسلية ، وقد تكون نفسية مبعثها الخوف أو مشكلة لاشعورية معينة أو كراهية الزوجة •

ونظرا لأن العنة من أكثر الأمراض الجنسية إنتشارا فقد عرض الأمر عدة مرات على القضاء فإستقر على " أن عدم وجود علامات مرضية ظاهرة ، لاينفى وجود العنة ، فقد يكون لها بواعث نفسية لاتنم عنها أعراض خارجية[1] •

---

(١) وكان البين من الحكم الابتدائى أنه استدل على أن عنة الطاعن مصاحبة لإنعقاد الزواج فى قوله (••• أن المحكمة ترى فى بقاء غشاء البكارة سليما طوال مدة عامين ظلت فيها المدعية ــ المطعون عليها ــ على فراش الزوجية رغم محاولة الزوج الوصول إليها كما يقرر المدعى عليه ــ الطاعن ــ أنه ظل يباشرها لمرات عديدة كل أسبوع يدل على أن حالة المدعى عليه سابقة على الزواج وأن حالة العنة التى يعانيها والتى تمنعه من الوصول إلى زوجته طوال هذه المدة مما لايرجى شفاؤها بالنسبة للمدعية ذاتها ولايقال بأن هذه العنة قد تزول بزوال دواعيها ذلك أن الخلاف الذى قد وصل إلى درجة مغادرة الزوجة لمنزل الزوجية مع ما أصابها من ضرر طوال المدة التى قضتها على فراش الزوجية يستحيل أن يكون عاملا مؤثرا فى شفائه •••) وكان الحكم المطعون فيه قد أضاف قوله (••• أولا : ليس صحيحا ما ذهب إليه المستأنف ــ الطاعن ــ من أن الطبيب الشرعى وقد أثبت فى تقريره أن جهازه التناسلى مكتمل النمو وأعضاءه التناسلية خالية من التشوهات والأحوال المرضية كما أنه لم يتبين من الفحص الطبى عليه والتحاليل المعملية وجود مظاهر مرضية عامة الأمر الذى ينفى إصابته بالعنة ذلك أنه من المقرر أن عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لاينفى وجود العجز الجنسى فقد يكون مبعثه عوامل نفسية لاتنم عنها أعراض خارجية وهذا مايسمونه بالعنة الابتدائية وفيها يكون عضو التناسل غير مصاب بعاهة ولكن يكون الرجل غير قادر على الجماع لأسباب نفسية مبعثها الخوف أو الرهبة أو الوساوس الداخلية وإنعدام العاطفة والشعور بالكراهية•
ثانيا : أن المستأنف وإن كان قد زعم فى دفاعه أنه كان يعاشر زوجته المستأنف عليها ــ المطعون عليها ــ معاشرة الأزواج وأنه يجامعها مرات متعددة كل أسبوع إلا أن الطبيب الشرعى جزم فى تقريريه اللذين تطمئن إليهما المحكمة أن مايدعيه المستأنف غير صحيح إذ تبين من الفحص على المستأنف ضدها أنه لم تحصل بها معاشرة زوجية بإيلاج كامل لقضيب مكتمل النمو فى حالة انتصاب ولو لمرة واحدة • ثالثا : أن المستأنف وإن سلم ببقاء غشاء بكارة زوجته المستأنف ضدها سليما إلا أنه عزا ذلك إلى أن الغشاء من النوع اللحمى السميك الذى يتمدد عند الإيلاج ولايفض إلا بعملية جراحية وهذا الأمر الذى=

ومن أمثلة العجز الجنسى عند المرأة ، إنسداد الجهاز والعظم الزائد وضيق فتحة الرحم بشكل يمنع الإتصال الجنسى ٠

والعجز الجنسى قد يكون مطلقا يحول دون الإتصال بأى شخص آخر ، وقد يكون نسبيا يمنع الإتصال بشخص معين بالذات ، وغالبا مايرجع ذلك لأسباب نفسية ٠

وقد قضى بأنه قد " قد يشفى الرجل من العنة النفسية بالنسبة للنساء الآخريات ولكنه لايشفى منها بالنسبة للزوجة ، ولايمنع أن يكون هذا العجز الدائم النسبى سببا فى بطلان الزواج " ٠

فالعجز الجنسى قد يكون دائما لايرجى زواله أو الشفاء منه، وقد يكون مؤقتا يحتمل هذا الرجاء ، وبطبيعة الحال فإنه لايعتد إلا بالعجز

= قطع الطبيب الشرعى بعدم صحته إذ إنتهى السيد الطبيب الشرعى فى تقريره إلى أن غشاء بكارة المستأنف ضدها من النوع الذى لايقبل التمدد وعلى ذلك يكون ماساقه المستأنف من دفاع فى هذا الشأن غير صحيح ويتعين طرحه جانبا ٠٠٠ ، فإن ماخلص إليه الحكمان هو تطبيق سليم لتوافر شرائط المادة ٢٧ المشار إليها وله مأخذه من الأوراق ، إذ لايهم من ثبوت العجز الجنسى أن يكون نتيجة عنة عضوية أو مرده إلى بواعث نفسية ،ولايصح مسايرة الطاعن فى القول بوجوب مضى مدة السنوات الثلاث لأنها متعلقة بالعنة الحاصلة بعد الزواج لاقبله ٠ لما كان ماتقدم وكان تقدير قيام المانع الطبيعى أو العرضى الذى لايرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى أقام قضاؤها على أسباب سائغة ، وكان ما أفصح عنه الحكم من أن دوام العلاقة الزوجية أكثر من عامين والزوجة على فراش الزوجية لا تفارق زوجها طوالها ، تعطيه طواعية واختيارا المكنة لتدارك مافاته ، حريصة على الإبقاء على عروة الزوجية ، ومع ذلك ظلت عذراء ، بل وقطع تقرير الطبيب الشرعى أن المعاشرة الزوجية الصحيحة لم تتم على صورة ما ، وأن ما إدعاه الزوج من حصول الوقاع كاملا مرة واحدة منذ بدء الحياة الزوجية غير صحيح ، وكان ذلك كله يتوافر به الدليل القاطع على عنة الطاعن وأنها غير قابلة للزوال ، فإن ماينعاه الطاعن لايعدو فى حقيقته أن يكون مجادلة فى تقدير محكمة الموضوع الدليل لاتقبل إثارته أمام محكمة النقض ، ولايوهن من ذلك أن التقرير الطبى لم يقطع فى خصوص دوام العنة النفسية وتردد بين القول بها وبين سرعة القذف ، لأنه طالما كان المناط هو ثبوت العجز الجنسى على ما مر بيانه ، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هى جزمت بما لم تقطع به تقارير الأطباء متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك عندها وأكدته لديها ، ويكون النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والفساد فى الإستدلال على غير أساس ٠ نقض ١٩٧٧/١٠/٢٦ س ٢٨ ص ٣٠٢ ٠

لدائم .

والعجز قد يكون سابقاً على الزواج أو لاحقاً له ، فإذا كـــان الأول يعتبر مانعاً يبطل الزواج لدى جميع الشرائع إلا أن الحكم يختلف بالنسبة للعجز اللاحق على الزواج حيث يعتبر سبباً للحكم بالتطليق .

وينبغي التفرقة في هذا الصدد بين العجز الجنســي والعقــم أي عدم القدرة على الإنجاب. فالمانع يقوم عند العجز الجنسي وليــس العقم ، إذ يكفي أن يكون الشخص قادراً على الإتصال الجنسي ولو لــم يؤد ذلك إلى التناسل .

(ب) حكم العجز الجنسي :

يعتبر العجز الجنسي **مانعاً من موانع الزواج** في كافـــة الشـــرائع المسيحية ، إذ تعتبره هذه الشرائع سبباً من أسباب بطلان الزواج ، وإن كانت شريعة الروم الأرثوذكس قد اعتبرته سبباً من أسباب التطليق .

وبإستعراض النصوص الواردة في هذا الشأن يتضـــح أنـــه يلـــزم لاعتبار العجز الجنسي مانعاً من موانع الزواج شروط معينة هي :

١ - أن يكون العجز الجنسي سابقاً على الزواج ، وهذا أمر طبيعي لأن العجز الجنسي يعتبر مانعا من موانع الزواج ، ومن ثم فإنه يبطل إذا تم رغم وجود هذا المانع[1] .

---

(١) أنه إذا كانت حالة العجز الجنسي سابقة على الزواج ومتحققة وقت قيامه فإنها تعتــبر مانعا من موانع انعقاده ، لإتصالها بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح له بحكم الحق الطبيعي ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، بشرط ثبوت أن العجز لايرجى زوالــه ولايمكن البرء منه ، فإذا برئ الشخص منه ولو بعملية جراحية فلا يعــد العجــز مانعــا مبطلا لعقد الزواج ، ولما كان تقدير ما إذا كان العجز الجنسي قد برئ منه الشخص أم لا مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقــض متــى كــان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة" .

وقد ثبت من تقرير الطبيب الشرعي الأخير المقــدم فــي ١٩٧٨/٢/٢٧ أن العمليــة الجراحية التي أجريت للمستأنفة .. قد جعلتها الآن صالحة للجماع الجنســي الكــامل =

= وأزالت النتوء الخلقي بالقناة المهبلية " وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه استخلص أن العيب بالمطعون عليها قد زال بعملية جراحية ، وأصبحت صالحة للجماع الجنسى الكامل وإنعدام الضرر من جرائه بزواله ، واستند فى ذلك إلى أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد نهج صحيح القانون ، ويكون النعى قائم على غير أساس " .

" وحيث أن الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب، وفي بيان ذلك يقول أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بأن تركيب المطعون عليها مهبلا صناعياً يقطع باستحالة إمكان المعاشرة الجنسية ، وبأنها كانت مريضة بمرض الانطباق والسداد منذ الزواج حتى الآن ، ورغم جوهرية هذا الدفاع التفت عنه الحكم ، مما يعيبه بالقصور فى التسبيب .

وحيث أن النعى غير مقبول ذلك أنه وقد خلت الأوراق مما يدل على سبق تمسك الطاعن بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، فإن ماتضمنه وجه النعى يكون سبباً جديداً يجوز أبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض " نقض ١٩٧٩/٥/٢٣ س ٣٠ ص ٤٣٥ .

مفاد النص فى المادتين ٢٧، ٤١ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن العنة وهى انعدام المقدرة الجنسية انعداماً كاملاً تعتبر مانعاً من موانع انعقاد الزواج إذا كانت سابقة عليه ومتحققة وقت قيامه، سواء أكان العجز الجنسى نتيجة عنه عضوية أو مردة إلى بواعث نفسية لأن هذا المانع يتصل بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح للزواج فيكون عقد الزواج باطلا بطلاناً مطلقاً. لما كان ذلك وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعنة بطلب بطلان عقد زواجها من المطعون ضده لانعدام مقدرته الجنسية على سند من أن التقرير الطبى الشرعى لم يجزم بإصابته بعنه نفسية أو عضوية، رغم أنه قد ورد بهذا التقرير أنه وأن كان المطعون ضده ليس مصاباً بعنه عضوية إلا أنه فى الوقت نفسه قد يكون به عنه نفسية لا يكون إثباتها أو نفيها من الفحص الطبى الإكلينيكي وأن حدوث الحمل جائز وفق إدعاء الطاعنة نتيجة أمناء خارجي دون انتصاب وإيلاج كما أنه جائز من مجرد إيلاج جزئى وأمناء دون ممارسة جنسية عادية، كما فى حالات سرعة القذف وهى إحدى مظاهر العنة النفسية، وإذا لم يعرض الحكم لقيام عنه نفسية بالمطعون ضده أو انتقائها وسبب بقاء الطاعنة بكراً رغم حملها مشيراً إلى أنه أقام قضاءه على ما ورد بتقرير الطب الشرعى، فى حين أن هذا التقرير لم ينف أن بالمطعون ضده عنه نفسية، وثبت منه أن الطاعنة بكر، وأن غشاء بكارتها ليس به تمزقات حديثة أو قديمة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أفصح فى أسبابه أنه اتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه رغم مخالفته لدلالته، ومن ثم فإن الحكم يكون مشوباً بالفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه (طعن ١٣٧ س ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥).

العنة ماهيتها تحققها وقت قيام الزواج أو كانت سابقة عليه. أثره بطلان عقد الزواج بطلاناً مطلقاً. علة ذلك عدم تحديد مدة معينة للاستدلال بها على عدم قابلية العجز للشفاء فى شريعة الأقباط الأرثوذكس.

بكارة المطعون ضدها على الرغم من إقامتها مع زوجها لمدة سبعة شهور كاملة مكنته خلالها من نفسها. مفاده ثبوت عجز جنسى فى جانبه لا تنفيه العنة النفسية مادامت أعجزته عن معاشرة زوجته. (الطعن رقم ٨٧ لسنة ٦٢ق ــ أحوال شخصية ــ جلسة ١٩٩٥/١٢/١١).

وقد قضى " ببطلان الزواج للعجز الجنسى المؤبد السابق على الزواج ، سواء أكان هذا العجز من جانب الرجل أم من جانب المرأة ، وسواء كان الزوج الآخر عارفاً به أم لا ، مطلقاً كان هذا العجز أم نسبياً ، فمتى ثبت العجز الجنسى السابق على الزواج ودوامه فلا يهم بعد ذلك أن يكون ذلك العجز نتيجة عنة عضوية أو عن بواعث نفسية ،فقد يشفى الرجل من العنة النفسية بالنسبة للنساء الأخريات ، ولكنه لايشفى منه بالنسبة للزوجة ، ولايمنع أن يكون هذا العجز الدائم النسبى سبباً فى بطلان الزواج "٠

وقضى كذلك بأنه." لما كانت العنة المنسوبة للزوج سابقة على عقد زواجه وكان من شروط صحة الزواج عدم وجود مانع من موانع الزواج ، فإن قيامها لاشك مبطل لهذا الزواج الذى كانت تجهل الزوجة اصابة زوجها به ٠ فهى فى حل من فسخه دون حاجة لأن يعطى للزوج أجل ليعالج أو يشفى منه ، خصوصاً وقد مضى على هذا الزواج مايزيد على السنتين " ٠

أما إذا كان العجز الجنسى لاحقاً على الزواج فإنه لايكون سبباً لإبطاله بل يمكن أن يصلح أساساً لطلب التطليق[1] ٠

---

(١)ينبغى التفرقة بين حالة ما إذا كانت العنة سابقة على الزواج ومتحققة وقت قيامه فتعتبر مانعا من موانع انعقاده يتصل بأمرٍ واقعٍ يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح له بحكم الحق الطبيعى ٠ فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، بشرط ثبوت أن العجز لايرجى زواله ولايمكن البرء منه ٠ وبين حالة ماإذا كانتٍ اصابة الزوج بالعنة لاحقة للزواج فهى لاتؤثر فى صحته طالما انعقد فى الأصل صحيحاً ، فيجوز للزوجة طلب التطليق متى مضى على الاصابة ثلاث سنوات وثبت عدم قابليتها للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها من الفتنة ، وكان ما استدل عليه الحكم المطعون فيه من أن عنة الطاعن مصاحبة لإنعقاد الزواج إنما هو تطبيق سليم لتوافر شرائط المادة ٢٧ المشار إليها وله مأخذه من الأوراق ، إذ لايهم مع ثبوت العجز الجنسى أن يكون نتيجة عنه عضوية أو مرده إلى بواعث نفسيه ، ولايصح مسايرة الطاعن فى القول بوجوب مضى السنوات الثلاث لأنها متعلقة بالعنة الحاصلة بعد الزواج لاقبله ٠ نقض ١٩٧٧/١/٢٦ س ٢٨ ص ٣٠٢ ٠

ولايؤثر فى طلب البطلان علم الزوج بالعيب الجنسى قبل الزواج أو مرور مدة معينة على اكتشاف العيب ، بل أن شريعة الأقباط الأرثوذكس قد ذهبت إلى أبعد من ذلك بنصها على أن الزواج يعتبر باطلاً ولو رضى به الزوجان ولكل ذى شأن حق الطعن فيه .

وأكدت محكمة النقض أن " عنة الرجل السابقة على الزواج تعتبر مانعاً من موانع انعقاده بحكم الحق الطبيعى نفسه ، وهى مانع يتصل بأمر واقع لايرتفع برضا الطرف الآخر .

وإن كان من الناحية العملية يصعب تصور الطعن بالبطلان إلا من قبل الزوج المتضرر ، فقد قضى " بأن العجز الجنسى لايوجد فى أوراق الدعوى ، مايؤيده وقد نفته الزوجة وهى التى من حقها أن تتضرر من ذلك العجز لو صح قيامه " .

٢ - أن يكون العجز الجنسى دائماً أو مؤبداً ، أى ينبغى ألا يكون العجز قابلاً للشفاء أو الزوال . فإذا كان مؤقتاً فإنه لايكون مانعاً ولايسبب بطلان الزواج(١) .

---

(١) أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير المانع الطبيعى أو العرضى الذى لايرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة ، لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه استدل على أن الطاعن مصاب بعنة نفسية غير قابلة للشفاء ومصاحبة لإنعقاد الزواج بما أثبته التقرير الطبى الشرعى من أن المطعون ضدها لازالت بكراً رغم أن غشاء بكارتها يتمزق فى حالة مواقعة جنسية بإيلاج واستخلص من ذلك ومن معاشرة الطاعن لزوجته بضعة شهور أنه مصاب بعنة نفسية لايرجى شفاؤها صاحبت انعقاد الزواج ورتب على ذلك القضاء ببطلان عقد الزواج ، وهو من الحكم إستخلاص موضوعى سائغ له مورده من الأوراق ويكفى لحمل قضائه ولا على الحكم إذ لم يساير الطاعن فى القول بوجوب مضى مدة سنة لأن مدة العشرة الكافية للكشف عن عجزه عن مباشرة زوجته خلالها مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة وكان ما أفصح عنه الحكم من أن دوام العلاقة الزوجية مدة كافية والزوجة على فراش الزوجية تعطيه طواعية واختياراً المكنة لتدارك مافاته ، حريصة على الإبقاء على عروة الزوجية ، وإقرار الطاعن فى أكثر من موضع حصول الوقاع كاملاً ، ومع ذلك ظلت عذراء ، بل قطع تقرير الطبيب الشرعى أن المعاشرة الزوجية الصحيحة لم تتم على صورة ما ، وكان ذلك كله يتوافر به الدليل القاطع على عنة الطاعن وأنها غير قابلة للزوال ويتعارض مع ما أثاره الطاعن من إمتناع المطعون ضدها عن تمكينه من نفسها وإستدلاله على ذلك =

وقد قضى " بأنه إذا كانت حالة العجز الجنسى سابقة على الـــزواج ومتحققة وقت قيامه فإنها تعتبر مانعاً من موانـــع انعقـاده لإتصالــها بأمر واقع متعلق بالشخص ويجعله غير صالح له بحكم الحق الطبيعـى فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً بشرط ثبوت أن العجز لا يرجى زوالـه ولايمكن البرء منه ، فإذا برئ الشخص منه ولو بعملية جراحية فلا يعد العجز مانعاً مبطلاً لعقد الزواج ، وتقدير ما إذا كان العجز الجنسى قـد برئ منه الشخص أم لا ، يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على اسباب سائغة •

" وكان ما أفصح عنه الحكم أن دوام العلاقة الزوجية أكـــثر مـن عامين والزوجة على فراش الزوجية لاتفارق زوجها طوالها ، تعطيـه طواعية وأختياراً المكنة لتدارك مافاته حرصاً على الإبقاء على عـروة الزوجية ، ومع ذلك ظلت عذراء بل وقطع تقرير الطبيب الشـرعى أن المعاشرة الزوجية الصحيحة لم تتم بينهما على صورة ما ، وكان ذلـك كله يتوافر به الدليل المقنع على عنة الطاعن وأنها غير قابلة للزوال[1].

= برفض دعوى إعتراضها على إنذار الطاعة التى أقامتها ضده ، ولايوهن من ذلـك أن التقرير الطبى لم يقطع فى خصوص دوام العنة النفسية ، لأنه طالما كان المناط هو ثبـوت العجز الجنسى وفقا لما سلف بيانه ، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هى جزمت بمـا لـم يقطع به تقارير الأطباء متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك عندها وأكدته لديها ويكـون النعى على الحكم بالفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت بالاوراق على غــير أسـاس " • نقض ١٩٩٥/١/٣١ طعن ١٣٨ س ٦١ ق•

(١) ولما كان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه استخلص أن الطاعن مصاب بعنة نفسية لايرجى زوالها منعته من الإتصال الجنسى بالمطعون عليها ، واستند فى ذلك إلى اسـباب سائغة ، فإن النعى بهذا الوجه لايعدو أن يكون مجادلة فى تقدير موضوعى سائغ لمحكمـة الموضوع وهو ما لايقبل أمام محكمة النقض "• نقض ١٩٧١/١٢/١ س ٢٢ ص ٩٧٢ •

إذا كانت العملية الجراحية التى أجريت للطاعن وأن أصبح معها قـادر علـى اتيـان زوجته بما ينفى عنه عيب العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقاع شـاذا لايتحقق به أحد مقصدى النكاح ويلحق بالزوجة آلاما عصبية ونفسية فضـلا عـن أنـه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب وكان من شأن هـذا التدخل الجراحى استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيباً مستحكما لايمكن الـبرء منه وينتفى موجب التأجيل الذى اشترطه الحنفية للحكم بالتطليق لعيب العنة • طعن رقـم ١٣ لسنة ٥٠ ق ـ جلسة ١٩٨١/٦/٢٣ •

وقضى كذلك " بأن الطبيب الشرعى قد نفى عن الزوج العنة الجسمانية الدائمة .. وعدم انجاب النسل ليس قرينة على العنة .. وعلى كل حال فالعنة النفسية مؤقتة كما قال الطبيب . فإذا كان عدم انجاب النسل قد استمر سبع سنين فلا يمكن أن تكون العنة المؤقتة هى السبب فيه .. وذلك لأنه ثابت من المناقشة أن الزوج كان يمتنع عن زوجته شهراً أو اثنين لإصابتها بالنزيف .. وعلى كل حال فالعنة النفسية المؤقتة التى شرحها الطبيب الشرعى وسرعة القذف التى أشار إليها إنما هى من العوارض المؤقتة التى تزول بزوال أسبابها ومتى كانت مؤقتة فلا يصح أن تكون سبباً من أسباب (البطلان) أو التطليق .

وقضى كذلك بأن ما ذكرته المدعية من أن المدعى قد فض بكارتها بقضيبه يتعارض مع ادعائها بإصابته بالعنة ، أما القول بأن طاقة الزوج الجنسية من المنتظر أن تكون قد تأثرت بتقدم سنه فإن الزوجة قد قبلت أن تتزوجه وهو فى هذه السن ، أما بخصوص سرعة القذف الذى تدعيه الزوجة فإن هذه الحالة بفرض صحتها قابلة للعلاج ولاتبرر الطلاق " .

٣ – أن يكون من شأن العجز الجنسى الإضرار بالطرف الآخر " وذلك لأن مقدرة الزوج على القيام بالواجبات الزوجية الجنسية أمراً محتماً لاتصلح بدونه زيجة ولاتستقيم(١) ، وبصفة خاصة إذا كانت الزوجة فى سن يخشى عليها من الفتنة .

---

(١) إذا كان الحكم قد انتهى إلى أن حالة الزوج تصيب المطعون ضدها بضرر إذا حصل اتصال جنسى بينها وبينه ، واستخلص من ذلك وجود عيب بالطاعن لايرجى زواله ولاتعيش معه المطعون ضدها إلا بضرر شديد ولايشترط معه الإمهال قبل التفريق وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى ماإنتهى إليه ويكفى قضاءه . طعن رقم ٣٠ لسنة ٥٩ ق (أحوال شخصية) – جلسة ١٩٩١/١١/١٩ .

وهذا الأمر تستلزمه بطبيعة الحال غايات الزواج فى كافة الأديان ومنها الدين المسيحى بكافة طوائفه ، فهى جميعها تعتبر العنة وما شابهها مانعا من موانع الزواج .

والعلة فى ذلك ظاهرة ، إذ أن الموانع الشخصية كالعنة لايمكن معها الحصول على الغايات المقصودة بالزواج وهى النسل والتحصن ، ولايتم التعاون فى المعاش بواسطة تلك الموانع لأن الزواج فى هذه الحالة أصبح عديم الفائدة . لذلك صرحت القوانين بفسخ زيجة المصابين بهذه الموانع إذا طلب أزواجهم ذلك .

ولكن القضاء لايعتبر الضرر الجسيم متوافرا إذا كان من الممكن ممارسة الحياة الجنسية ولو لم يترتب عليها اشباع كامل للرغبة الجنسية.

فقد قضى بأن " صغر حجم قضيب الرجل لايدل على العنة " وأن " سرعة الإمناء لاتعتبر عجزا جسيما يبرر الطلاق ، ولايعتبر كذلك ضخامة عضو الذكر طالما كان فى إمكان الزوج اشباع غريزة زوجته عن طريق الإيلاج الجزئى " .

(ج) إثبات العجز الجنسى :

لاشك أن الفحص الطبى هو أهم وسيلة لتبين العجز الجنسى ، وبصفة خاصة إذا كان سبب العجز عضويا ، سواء عند المرأة أو عند الرجل . فضيق الرحم أو وجود العظم الزائد عند المرأة أمر يمكن تبينه طبيا ، ونفس الحكم بالنسبة للجب والخصاء والخنوثة .

إلا أن الأمر يزداد دقة بصدد العنة وهى عدم القدرة على الجماع أو المباشرة الجنسية . والعنة قد تكون عضوية ـ ويسميها البعض بالعنة الثانوية ـ مرجعها ضعف الأعضاء التناسلية ، وقد تكون نفسية ـ ويسميها البعض بالعنة النسبية أو الابتدائية ـ ترجع إلى عوامل نفسية.

وإذا كان الكشف الطبى على الزوج أو الزوجة يكون قاطعاً فى ثبوت الاصابة بالعنة العضوية ، فإن الأمر يصعب إلى حد كبير فيما يتعلق بالعنة النفسية • ولعله من المفيد فى هذا الصدد محاولة حصر المبادئ التى استقر عليها القضاء فى هذا المجال(١)•

---

(١)أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون يبين أنه أسس قضاءه برفض الدعوى على ماقرره أن المستأنف عليها ــ الطاعنة ــ قد قررت فى مذكراتها أن مدة مكثها فى منزل الزوجية كانت اثنين وثلاثين يوماً ، وكانت هذه المدة قد تخللتها العادة الشهرية التى لايستطيع الزوج قربانها خلالها ، كما تخللها يومان للسفر إلى ومن الإسكندرية وكانت هذه المدة التى قررتها المستأنف عليها غير كافية للتعرف على قدرة الزوج على المعاشرة الزوجية على الوجه الصحيح ولايمكن أن يشير عدم فض غشاء بكارتها وهو من النوع الحلقى اللحمى على عجز المستأنف ــ المطعون عليه ــ الجنسى أو إصابته بأى نوع من أنواع العنة ، ذلك أن العجز الجنسى لايتحقق إلا بمضى فترة معقولة ــ أقلها سنة ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجز الزوج عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم وهو العنة ، ولايحتسب من السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا تستطاع معه المخالطة ، وذلك حتى يكون البطلان قائماً على عيب مستحكم لا على مجرد عارض قد يكون سريع الزوال ••• وإذا كانت شريعة الطرفين توجب أن يكون المانع الذى يترتب عليه بطلان الزواج هو المانع الذى لايرجى زواله كالعنة أو الخنوثة أو الخصاء وكانت هذه المحكمة لاترى ثمة دليلاً على قيام هذا المانع لدى المستأنف مع عدم تمكين المستأنف عليها للمستأنف من نفسها الوقت الكافى لإطمئنان الحياة الزوجية فإنها تكون هى المتسببة فى عدم إكتمال المعاشرة ، ولما كان يبين من ذلك أن الحكم المطعون فيه استخلص من وقائع الدعوى أنه لم يثبت أن الزوج مصاب بعجز جنسى مستحكم مما لايرجى شفاؤه ، واستدل الحكم على ذلك بأن الطاعنة لم تمكث معه فى منزل الزوجية المدة الكافية للحكم على حالته ، وقدر هذه المدة بسنة كاملة على أساس أن السنة تحوى فصولاً أربعة وربما يستطيع الزوج القيام بواجباته فى فصل آخر ، ورتب الحكم على عدم ثبوت العجز الجنسى بالمطعون عليه قضاءه برفض دعوى الطاعنة ببطلان عقد الزواج ، وهو استخلاص موضوعى سائغ يؤدى إلى ما إنتهى إليه ومما يستقل به قاضى الموضوع ، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون فى غير محله •

وحيث أن حاصل السبب الثالث أن الحكم المطعون فيه خالف الثابت فى الأوراق إذ أسند إلى الطاعنة أنها تمسكت فى دفاعها بأنها عرفت من المعاشرة الجنسية مايعيب عضو زوجها من وجود فتحة أسفل الفتحة العادية بحوالى نصف سم ورد على ذلك بأن هذا العيب مستتر لاتحس به الزوجة وقت المعاشرة ، ولايمكن أن تعلم به إلامنه وهو لم يبوح لها بهذا السبب ، فى حين أن الطاعنة لم تبد هذا الدفاع لأنها تنكر حدوث معاشرة بينهما •

وحيث أن هذا النعى غير صحيح ، ذلك أن البين من الحكم المطعون فيه أنه حين عرض للرد على التقرير الاستشارى الذى قدمته الطاعنة للتدليل على إصابة المطعون=

– من الصعب التيقن من قيام العنة النفسية حيث أنه " من المقطــوع به طبياً أن عدم الكفاءة الجنسية منها مايرجع فيه إلى أسباب مرضيـــة ومنها أسباب وعوامل من أهمها نفسانى وهو ما يسمى بالعنة الابتدائية ، وفى هذا يقول الدكتور عماره فى مؤلفه " منهل الطب الشرعى " يجـب أن لا ننسى الأسباب النفسانية فهى من أسباب العنة وأكثرها شـــيوعاً ، وهذا النوع من العنة يظل قائماً طالما قام السبب والباعث المؤدى إليه ، وهذه مسألة لاتظهر بالفحص الإكلينيكى وليس فى مقدور الطب أن يثبت أو ينفى وجودها كما ذكر الطبيب الشرعى(١) .

= عليه بعجز جنسى قرر ما يلى " ولاتعول المحكمة علـــى التقريـر الطبـى الشـرعى الإستشارى المقدم من المستأنف عليها ـ الطاعنة ـ فيما ذهب إليه من أن العيب الخلقـى بفتحة القبل ينهض دليلاً مادياً على أن الإنتصاب لدى المستأنف ـ المطعون عليه ـ غير كامل ، وأن شعور الزوج بهذا النقص الخلقى والنشوذ الموجود من طبيعتــه أن يـورث عقدة نفسية جهة الزوج تزيد الإمناء السريع وهو عنصر هام من العنة مما يجعل الحالـــة ـ فى رأيه ـ غير قابلة للشفاء مما لايتحقق معه الغرض المقصود من الزواج ـ لاتعـول المحكمة على هذا التقرير ، ذلك أن العيب الموصوف بفتحة قبل المسـتأنف هـو عيـب مستتر لاتحس به الزوجة وقت المعاشرة ، ولايمكن أن تعلم عنه شيئاً طالما لم يفصح عنه الزوج وهو قطعاً لم يبوح لها بعيب خلقى مستتر لاحيلة لها فى معرفته إلا عن طريقه هـو وآية ذلك أن المستأنف عليها لم تتمسك بهذا العيب الخلقى فى صحيفة دعواها ولـم تعلـم عنه شيئاً إلا بعد توقيع الكشف الطبى على المستأنف بمعرفة السـيد الطبيـب الشـرعى المنتدب .. وحتى إذا سايرت المحكمة ما أورده الطبيب الإستشــارى وماتمسـكت بـه المستأنف عليها فى مذكراتها من أن هذا العيب الخلقى بفتحة القبل يورث عقدة نفسية فـإن العقدة النفسية قابلة للشفاء بالعلاج والتدريب والتحكم والإطمئنان فى الحياة الزوجية ، ومن ثم لايعتبر مرضاً مستحكماً يستعصى على الشفاء "، ويبين من هذا الذى أورده الحكم أنـه لم ينسب إلى الطاعنة أنها تعلم بالعيب الذى أشار إليه التقرير الطبى الإستشارى بل علـى العكس قرر الحكم أنها لم تعلم بهذا العيب إلا بعد توقيع الكشف الطبى على المطعون عليه بمعرفة الطبيب الشرعى . نقض ١٩٧٣/٣/١٤ س ٢٤ ص ٤٢١ .

(١)أن العنة وهى انعدام المقدرة الجنسية انعداماً كاملاً تعتبر مانعاً من موانع انعقاد الزواج إذا كانت سابقة عليه ومتحققة وقت قيامه سواء كان العجز الجنسى عنه عضوية أو مـرده إلى بواعث نفسية لأن هذا المانع يتصل بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غـير صـالح للزواج فيكون عقد الزواج باطلا بطلانا مطلقاً ، لما كان ذلك وكان البيـــن مـن الأوراق ومنها تقرير الطبيب الشرعى أن الطاعنة قد اقامت مع المطعون ضده مدة سـنة كاملـة مكنته خلالها من نفسها إلا أنها لازالت بكراً لعجزه عن القيام بواجباتــه الزوجيـة قبلـها لإصابته بعنة نفسية يتعذر التكهن بنتيجة علاجها أو المدة اللازمة لهذا العلاج . وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائى ورفض الدعوى استناداً إلى أن ليس بـالمطعون ضده أمراض عضوية تمنعه من الاتصال الجنسى الكامل وأنه يعانى من عنـة نفسـية =

- أن عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لاينفى وجود العنة ، فقد تكون لها بواعث نفسية ولاتنم عنها أعراض خارجية .

- الأصل فى الإنسان السلامة ، لذا يجب التيقن من قيام العجز الجنسى ، لهذا نصت المادة ٥٨ من الإرادة الكاثوليكية على أنه إذا ارتيب فى مانع العجز سواء كان الريب من قبيل الحق أو من قبيل الواقع فلا يمنعه من الزواج . فالشك فى قيام المرض أو فى وصفه لايجعل منه مانعاً من الزواج .

وقد قضى بأنه " بالرجوع إلى المناقشة وتقرير الطبيب الشرعى يتبين أن الزوج قد أنفى اصابته بالعنة وأن الطبيب قد اثبت خلوه من أى مرض عضوى يمنعه من أداء واجباته الجنسية وأن ما أشار إليه الطبيب من إحتمال اصابة أى شخص بعنة نفسية والتى لايجزم بوجودها عند الزوج فإن الأوراق خالية من أى دليل على صحة هذا الإفتراض عند الزوج ، خاصة وان ماذكرته المدعية بمحضر المناقشة من أن المدعى قد فض بكارتها بقضيبه يتعارض مع إدعائها بإصابته بالعنة[1] .

= قابلة للشفاء بشرط رغبة طرفى الدعوى فى ذلك . وأن الحياة الزوجية الفعلية لم تدم بينهما سوى عام واحد وذلك رغم ما أورده الحكم بمدوناته من أن الطاعنة لازالت بكرا مع أنها أقامت مع زوجها المطعون ضده لمدة سنة ، مما مفاده ثبوت عجز جنسى فى جانبه لاينفيه خلوه من أى مرض عضوى ولايغير من ذلك أن العنة التى أصابته عنه نفسيه مادامت قد أعجزته عن معاشرة زوجته ومن ثم فإن الزواج يكون باطلاً وفقاً لأحكام شريعة الأقباط الأرثوذكس التى ينتمى إليها الطرفان على نحو ماسلف ، وإذ خالف الحكم هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يتعين معه نقضه دون حاجة إلى بحث باقى اسباب الطعن . طعن رقم ١١ لسنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ .

(١)وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يبين أنه أسس قضاءه ببطلان عقد الزواج على: ماقرره من أنه " يشترط لكى ينعقد الزواج صحيحاً ألا يكون هناك مانع من الموانع المبطلة له ، وإذ كان من بين هذه الموانع العجز الجنسى وهو استحالة القيام بالجماع على الوجه العادى ، ومن أمثلته العنة وهى ارتخاء عضو التناسل لدى الرجل بحيث يعجز عن الوصول إلى الغشاء وهى على نوعين ، عضوية وتسمى العنة الثانوية وهى ضعف فى الأعضاء التناسلية نتيجة مرض أو تشويه أو=

= إختلال فى الغدد ، ونفسية وتسمى العنة الابتدائية وفيها يكون عضـــو التناســل غـير مصاب بعاهة ولكن يكون الرجل غير قادر على الجماع لأسباب نفسية مبعثـــها الخــوف والرهبة أو الوساوس الداخلية وانعدام العاطفة أو الشعور بالكراهيــة ومــا إلــى ذلــك ، ويشترط حتى يبطل الزواج بالعجز الجنسي أن يكون سابقا على الزواج ولايرجى شـــفاؤه وتلك مسألة يقدرها القاضى بعد أخذ رأى أهل الخبرة والاسترشاد بمختلـــف الظـــروف ، وأن يكون حسبما يتحقق من جرائه ضرر للطرف الآخر لايطيقه ويقدر القــاضى مــدى جسامته ، وتثبت العنة العضوية بالفحص الطبى بإعتبارها مرضاً عضوياً يمكــن الجــزم بوجوده ، أما العنة النفسية فيستنتج وجودها أو عدم وجودها عن طريق القرائن ومايطمئن إليه من ظروف الحال كما إذا بقيت الزوجة بكراً " وأنه " وإن قطع الطبيب الشرعي بــأن المستأنف عليه خالٍ من أسباب العنة العضوية ، إلا أنه لم يجزم بما إذا كان مصاباً بعنـــة نفسية أم لا، ذاكراً أنه لايستطيع الجزم بذلك من مجرد الفحص الإكلينيكى منتهياً إلـــى أن هذا النوع من العنة يزول بزوال بواعثه وإذا كان المستأنف عليه قد سلم عنـــد مناقشـته بجلسة ١٩٦٥/١٢/١١ أمام محكمة أول درجة بأنه لم يدخل بالمستأنف عليــها إذ أصيــب عقب الزواج بأنفلونزا وبعد ثلاثة أيام انتصب ولما هم بالدخول بها صرخت ثم حاول ذلك مرة ثانية فصرخت أيضاً ثم عرض نفسه على طبيب ثم طبيب آخر وكــانت المســتأنفة تتردد عليه مرة كل اسبوع إلى أن امتنعت بعد ثلاثة أشهر ، وقال عنـــد مناقشـــته أمـــام المحكمة بجلسة ١٩٦٧/٣/٦ إنه لما هم بالإقتراب منها صرخت فتركها حتـــى تـــهدأ ثـــم حاول مرة أخرى بينما كان مصاباً بزكام فاستمهلته يومين فتركها ولما جاء أهلها وســألوه عما تم أبلغهم بأنها تصرخ كلما اقترب منها ، وطلب منه أن يعرض نفسه علـــى طبيـــب فإستجاب لطلبهم وتبين أن لديه صديداً عولج منه خلال شهرين حاول بعدهـــا أن يقـــترب منها فرفضت ثم أخذها أهلها ، وذكر أن المستأنفة مازالت بكراً بالنسبة له إذ لـــم يقـــترب منها لإمتناعها ، وكان هذا الذى قرره يؤكد أنه عاجزاً عن الإتصال بزوجته منذ زواجـــه بها وإن ما قررته الزوجة من أنها اكتشفت عجزه الجنسى منذ الليلة الأولى كان صحيحـــاً ومتفقاً مع الحقيقة والواقع ، ومن ثم نزاع فى أن عجزه الجنسى كان ســـابقاً علىالـــزواج وقائماً وقت العقد ، كما أنه عجز لايرجى شفاؤه ، إذ رغم علاج المستأنف عليـــه وبقـــاء المستأنفة بمنزل الزوجية من ١٩٦٤/١١/٢٢ حتى غادرته فى ١٩٦٥/٥/١ كما قـــررت ، أو فى ١٩٦٥/٦/١ حسب ماجاء بصورة الحكم الصادر فى الدعـــوى رقـــم ٧٥٤ ســـنة ١٩٦٥ أحوال شخصية مصر القديمة واستئنافه رقـــم ١٣٠ ســـنة ١٩٦٦ كلـــى القـــاهرة المقدمين من المستأنف عليه والذى يحاج بما جاء فيهما ، لم يتمكن مـــن الإتصـــال بـــها الإتصال الجنسى الطبيعى وظلت بكراً ، وإذ كان مما لاشك فيه أن عجزه الجنسى أو عـــدم استطاعته الاتصال بالمستأنف عليها يترتب عليه ضررلهذه الأخيره تعجز عن أن تطيقـــه ، ومن ثم يتبين أن الشروط التى تتطلبها المادة ٢٦ من مجموعة سنة ١٩٥٥ قد توافرت فـــى هذه الدعوى " ومن ذلك يبين أن الحكم المطعون فيه قد استخلص من وقائع الدعوى ومـــن أقوال الطرفين أن الطاعن مصاب بعجز جنسى سابق على الـــزواج ولايرجـــى شـــفاؤه ، ورتب على ذلك بطلان عقد الزواج وفقاً لأحكام شـــريعة الأحـــوال الشـــخصية للأقبـــاط الأرثوذكس ، وهو استخلاص موضوعى سائغ يؤدى إلى ماإنتهى اليه ومما يســـتقل بـــه قاضى الدعوى ولاتجوز المجادلة فيه أمام هذه المحكمة .

" وحيث أن حاصل السببين الثانى والرابع أن الطاعن تمسك فى دفاعه أمـــام محكمـــة الموضوع بأن الفترة المحددة التى مكثتها المطعون عليها معه بمـــنزل الزوجيـــة دون أن تمكنه من نفسها لاتكفى للحكم بقيام حالة العنة النفسية لديه ، وأنه لابد من مرور وقـــت =

" جاء تقرير الطبيب الشرعى قاطعاً فى نفى وجود عنة ثانوية لدى المدعى عليه إذ قرر أنه لم يوجد به أية أمراض عضوية أو تشوهات أو شذوذ فى التكوين أو أمراض موضوعية قد تسبب هذا النوع من العنة ، وحيث أنه بالنسبة للنوع الثانى من العنة وهى العنة الابتدائية فلم يقم فى الدعوى أى دليل أو قرينة على إصابة المدعى عليه بها وأقوال شهود المدعية جاءت قاصرة عن وجودها والمحكمة لاتطمئن إلى أقوال هؤلاء الشهود ."(١) .

= حدده الفقهاء تمكن الزوجة فيه زوجها من نفسها ويعجز عن إتيانها وهو ما أقام الحكم الابتدائى عليه قضاءه فى رفض الدعوى ، ولكن الحكم المطعون فيه أغفل مناقشته هذا الدفاع الجوهرى وافترض خطأ أن فترة ماقبل الزواج يمكن أن تثبت وجود العنة النفسية وخلط بينها وبين العنة العضوية وقد طلبت النيابة العامة إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العنة ولم تلتفت المحكمة إلى طلبها كل ذلك يجعل الحكم المطعون فيه مشوباً بالقصور ومخلا بحق الدفاع .

وحيث أن هذا النعى مردود فى جملته ، ذلك أنه يبين مما أورده الحكم المطعون فيه على ما سلف بيانه فى الرد على السبب الأول أنه فرق بين العنة العضوية والعنة النفسية ، واعتبر أن الطاعن مصاب بهذا النوع الأخير ومن قبل الزواج استناداً إلى الأسباب السائغة التى قررها ، إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أسباب تكفى لحمله ، فإنه بذلك يكون قد رد ضمناً على أوجه الدفاع التى تمسك بها الطاعن ولو لم يناقشها ويقضى برفضها صراحة ، ولاتثريب على محكمة الموضوع ، إذ هى لم تجب النيابة إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات عناصر العنة ، إذ هى رأت أن الأدلة القائمة فى الدعوى كافية لإقتناعها بوجود العنة السابقة على الزواج وتكون قد رفضت طلب النيابة ضمناً ، ومن ثم فالنعى على حكمها بالقصور والإخلال بحق الدفاع يكون على غير أساس .

وحيث أن حاصل السبب الثالث أن المطعون عليها كانت قد أقامت الدعوى بالنفقة مستندة فى ذلك إلى قيام عقد زواج صحيح وحكم لها نهائياً بالنفقة ، وبالتالى فلا يقبل منها الطعن بالبطلان على عقد سلمت بصحته وحصلت على حكم بالنفقة على أساسه .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أن عنة الرجل سابقة على الزواج مانع من موانع انعقاده فى شريعة الأقباط الأرثوذكس بحكم الحق الطبيعى نفسه وهو مانع يتصل بأمر واقع لايرتفع برضا الطرف الآخر ، إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على بطلان عقد الزواج رغم إقامة المطعون عليها ضد الطاعن دعوى النفقة رقم ٧٥٤ سنة ١٩٦٥ أحوال شخصية مصر القديمة ، فإنه لايكون قد أخطأ فى القانون . نقض ١٩٧٠/٥/٢٧ س ٢١ ص ٩١٤ .

(١) ان العنة وهى إنعدام المقدرة الجنسية إنعداماً كاملاً تعتبر مانعاً من موانع الزوج إذا كانت سابقة عليه ومتحققةوقت قيامه سواء أكان العجز الجنسى نتيجة عنه عضوية أو =

– لاينبغى التعويل بصفة مطلقة على اقرار أحد الزوجين لإثبات العنة حتى ولو كان الإقرار صادراً من الزوج المريض نفسه ؛ لأنه قد يدعى المرض رغبة فى التخلص من الحياة الزوجية •

فقد قضى بأنه لا ينبغى أن يؤخذ بإدعاء الزوج أنه مصاب بعجز جنسى إذا كان لايوجد فى أوراق الدعوى مايؤيده ، وقد نفته الزوجة وهى التى من حقها أن تتضرر من ذلك العجز لو صح قيامه •

أن تقدير قيام المانع الطبيعى أو العرضى الذى لايرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة[1] •

" وان ثبوت الواقعة المدعى بها وهى أن الزوجة تجنح للتبتل ومصابة بالعنة النفسية، أو عدم ثبوتها ، أمر تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب وهى ليست ملزمة بإجابة طلب إجراء التحقيق متى

= مرده إلى بواعث نفسية لأن هذا المانع يتصل بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح للزواج فيكون عقد الزواج باطلاً مطلقاً ــ لما كان ذلك وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعنة بطلب بطلان عقد زواجها من المطعون ضده لإنعدام مقدرته الجنسية على سند من أن التقرير الطبى الشرعى لم يجزم بإصابته بعنة نفسية أو عضوية رغم أنه قد ورد بهذا التقرير أنه وإن كان المطعون ضده ليس مصاباً بعنة عضوية إلا أنه فى الوقت نفسه قد يكون به عنه نفسية لا يمكن إثباتها أو نفيها من الفحص الإكلينيكى وأن حدوث الحمل لجائز وفق إدعاء الطاعنة نتيجة إمناء خارجى دون إنتصاب وإيلاج كما أنه جائز من مجرد إيلاج جزئى وإمناء دون ممارسة جنسية عادية كما فى حالات سرعة القذف وهى إحدى مظاهر العنة النفسية ، وإذ لم يعرض الحكم لقيام عنة نفسية بالمطعون ضده أو انتفائها وسبب بقاء الطاعنة بكراً رغم حملها مشيراً إلى أنه أقام قضاءه على ماورد بتقرير الطبيب الشرعى فى حين أن هذا التقرير لم ينف أن المطعون ضده عنة نفسية ، وثبت منه أن الطاعنة بكراً وأن غشاء بكارتها ليس به تمزقات حديثة أو قديمة وكان الحكم المطعون فيه قد أفصح فى أسبابه أنه اتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه رغم مخالفته لدلالته ومن ثم فإن الحكم يكون مشوباً بالفسادفىالإستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة • نقض مدنى ــ طعن رقم ١٣٧ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥ •

(١) نقض ١٩٧١/٢/١ س ١٢ ص ٩٧٢ •

كان فيما قدم إليها مايكفى لاقتناعها بما انتهت اليه من عدم قيام الدليل على صحة الواقعة المطلوب اثباتها " .

- إن عبء إثبات العجز الجنسى يقع على عاتق الزوج الذى يدعى اصابة الطرف الآخر به ، فالأصل فى الإنسان السلامة .

- يلجأ القضاء بصفة رئيسية الى القرائن لإثبات العنة النفسية(١) ، هذا مع كثير من الحيطة والحذر ، ومن أهم القرائن فى هذا الصدد :

* احتفاظ الزوجة بالبكارة ، فقد قضى بأنه " أثبت التقرير أن الزوجة لاتزال بكر وغشاء بكارتها سليم وليس به أى أثر لحصول إيلاج ، كما جاء بالتقرير أن الزوج لم يذهب للطبيب الشرعى لتوقيع الكشف عليه رغم طلبه للحضور ، وأن ثبوت احتفاظ المدعية ببكارتها مع امتناع المدعى عليه على التوجه الى الطبيب المنتدب لتوقيع الكشف عليه رغم

---

(١) إن العنة وهى انعدام المقدرة الجنسية انعداما كاملا تعتبر مانعا من موانع انعقاد الزواج إذا كانت سابقة عليه ومتحققة وقت قيامه سواء كان العجز الجنسى عنه عضوية أو مرده إلى بواعث نفسية لأن هذا المانع يتصل بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح للزواج فيكون عقد الزواج باطلا بطلانا مطلقا ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ومنها تقرير الطبيب الشرعى أن الطاعنة اقامت مع المطعون ضده أكثر من سنة ونصف مكنته خلالها من نفسها إلا أنها لازالت بكرا لعجزه عن القيام بواجباته الزوجية قبلها لإصابته بعنة نفسية يتعذر التكهن بنتيجة علاجها أو المدة اللازمة لهذا العلاج . وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد رفض الدعوى استنادا إلى أنه لا دليل فى الأوراق على أن المطعون ضده مصاب بعجز جنسى مستحكم لايرجى زواله أو البرء منه ، وأنه يلزم مرور ثلاث سنوات للتأكد من استجابته للعلاج ، وذلك رغم أنه أورد بمدوناته ماتتضمنه تقرير الطبيب الشرعى على نحو ماتقدم ـ بما مفاده ثبوت عجز جنسى فى جانب المطعون ضده لاينفيه خلوه من أى مرض عضوى ، ولايغير من ذلك أن العنة التى أصابته عنة نفسية مادامت قد أعجزته عن معاشرة زوجته، ومن ثم فإن الزواج يكون باطلا وفقا لأحكام شريعة الأقباط الأرثوذكس التى ينتمى إليها الطرفان ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة . نقض مدنى ـ طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٥/٢٧ .

طلبه للحضور دليل على صحـــة مانســبته الزوجـــة إليـــه (اصابتـــه بالعنـــة) ٠

* ان استناد الزوجة إلى عدم الحمل وإتخاذها منه قرينة علـــى العنـــة النفسية يعتبر فى غير محله لأن عدم انجاب النسل ليس قرينة على العنة ٠٠ وعلى كل حال فالعنة النفسية مؤقتة كما قال الطبيب ، فإذا كان عدم انجاب النسل قد استمر سبع سنين فلا يمكن أن تكون العنة المؤقتة هـــى السبب فيه " ٠

* يشترط استمرار الحياة الزوجية فترة معينة حتى يمكن الجزم بقيـــام العنة٠" وحيث أنه فضلاً عما تقدم فـــإن الحياة الزوجية والمعاشرة بيـــن المدعية والمدعى عليه لم تدم سوى بضعة أيام وهى فترة ليست بالكافية للجزم بصحة مازعمته الزوجة من اصابة زوجها بمرض العنة ، وقـــد اشترطت بعض كتب الفقه المسيحى أن تمضى مدة لاتقل عـــن ثـــلاث سنوات يثبت خلالها أن الزوج لايستطيع معاشرة زوجته جنسياً حتـــى يمكن بعدها طلب التطليق أو فسخ الزواج ، وليس من شك فى أن هـــذا الرأى يقوم على أساس قويم لأنه يأخذ الأمور بالروية والجزم ولايدعها إلى التأثيرات والشبهات[1] ٠

---

(١) أنه إذا كانت حالة العجز الجنسى سابقة على الزواج ومحققة وقت قيامه فإنها تعتبـــر مانعاً من موانع انعقاده ويكون العقد باطلا بطلاناً مطلقاً بشرط ثبوت أن العجز لايرجـــى زواله ولايمكن البرء منه ، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن حصل واقعة الدعوى ومـــا أثبته التقرير الطبى الشرعى من أن المطعون عليه ليس مصاباً بعنة عضوية دائمة وإنمـــا بعنة مؤقتة تزول بزوال بواعثها أسس قضاءه برفض الدعوى على قوله (٠٠ ومـــؤدى ذلك أن حالة المستأنف يرجى شفاؤها مع الإطمئنان والتحكم والتدريب والعلاج ، إذا كانت المستأنف عليها لم تمكث فى منزل الزوجية على حد قولها ، سوى أربعة شهور وهى مدة غير كافية للإطمئنان والتحكم والتدريب والعلاج النفسى والطبى ومن ثم فهى غير كافيـــة للحكم على مدى قدرة المستأنف على الإنتصاب والإيلاج وبذلك تكون المستأنف عليها هى التى فوتت على المستأنف بفعلها ومغادرتها منزل الزوجية بعد عشـــرة قصـــيرة نســـبياً الفرصة الكافية للتمكن من جماعها على الوجه الصحيح وسعت إلى نقض العقـــد قبـــل أن تتحقق مبررات هذا النقض على وجه يقينى فإن سعيها يكون مردودا عليها ٠٠ وكان هـــذا الذى أورده الحكم تطبيقاً صحيحا للقانون على ماحصله من فهم الواقع فى الدعوى بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهت اليها ، فإن النعى عليه بالخطأ فـــى تطبيـــق القـــانون يكون على غير أساس ٠ نقض ١٩٨٤/٣/٢ س ٣٥ ج ١ ص ٧٤٩ ٠

وهذا الحكم وان كان يتطلب استمرار الحياة الزوجية فترة زمنية كافية للتأكد من سلامة الزوج أو عجزه الجنسى ، إلا أنه لايشترط بالضرورة أن تكون تلك الفترة ثلاث سنوات فى جميع الأحوال ، وهذا ما أكدته محكمة النقض صراحة .

" أن مجموعة الاقباط الأرثوذكس تفرق بين حالة ما إذا كانت العنة سابقة على الزواج ومتحققة وقت قيامه فتعتبر مانعاً من موانع انعقاده .. فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً بشرط ثبوت أن العجز لايرجى زواله ولايمكن البرء منه ، وبين حالة ما إذا كانت اصابة الزوج بالعنة لاحقة للزواج فهى لاتؤثر فى صحته طالما انعقد فى الأصل صحيحاً فيجوز للزوجة طلب التطليق متى مضى على الإصابة ثلاث سنوات وثبت عدم قابليتها للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها من الفتنة . ولما كانت العنة الثابتة فى الدعوى المطروحة سابقة على الزواج فإنه لايصح مسايرة الطاعن فى القول بوجوب مضى مدة السنوات الثلاث لأنها متعلقة بالعنة الحاصلة بعد الزواج لاقبله " .

وتضيف نفس المحكمة بالحكم ذاته (متعلق بالعنة السابقة على الزواج) " أن دوام العلاقة الزوجية أكثر من عامين والزوجة على فراش الزوجية لاتفارق زوجها طوالها تعطيه طواعية واختياراً المكنة لتدارك مافاته حريصة على الإبقاء على عروة الزوجية ، ومع ذلك ظلت عذراء ، كل ذلك يتوفر به الدليل على عنة الطاعن وأنها غير قابلة للزوال[1] .

---

(١)أن إنعدام القدرة الجنسية إنعداماً كاملاً تعتبر مانعاً من موانع انعقاد الزواج إذا كانت سابقة عليه ومتحققه وقت قيامه سواء كان العجز الجنسى عنه عضوية أو مرده إلى بواعث نفسية لأن هذا المانع يتصل بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح للزواج فيكون عقد الزواج باطلا بطلانا مطلقا ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ومنها التقرير الطبى الشرعى أن الطاعنة أقامت مع المطعون ضده سبعة شهور كاملة مكنته =

وقد قضت نفس المحكمة بأنه " إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من وقائع الدعوى أنه لم يثبت أن الزوج مصاب بعجز جنسى مستحكم مما لايرجى شفاؤه واستدل على ذلك بأن الطاعنة لم تمكث معه فى منزل الزوجية المدة الكافية للحكم على حالته وقدر هذه المدة سنة كاملة على أساس أن السنة تحوى فصولا أربعة وربما يستطيع الزوج القيام بواجباته فى فصل دون آخر ، ورتب الحكم على عدم ثبوت العجز الجنسى بالمطعون عليه قضاءه برفض دعوى الطاعنة ببطلان عقد الزواج ، وهو استخلاص موضوعى سائغ يؤدى إلى ما إنتهى اليه ومما يستقل به قاضى الموضوع ٠ فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون فى غير محله[1] ٠

= خلالها من نفسها إلا أنها لازالت بكرا لعجزه عن القيام بواجباته الزوجية قبلها لإصابته بعنة نفسية يتعذر التكهن بنتيجة علاجها أو المدة اللازمة لهذا العلاج فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى إستنادا إلى أنه لم يثبت أن الزوج مصاب بعجز جنسى مستحكم مما لا يرجى شفاؤه ويستدل على ذلك بأن المستأنفة لم تمكث معه فى منزل الزوجية المدة الكافية للحكم على حالته وقدرها سنة كاملة تحوى فصولا أربعة وربما يستطيع الزوج القيام بواجباته فى فصل دون آخر والتقرير الطبى الشرعى لم يقطع بأن العنة النفسية المصاب بها المطعون ضده كانت معاصرة أو سابقة على إنعقاد الزواج ، وذلك رغم ما أورده بمدوناته من أن الطاعنة لازالت بكرا مع أنها أقامت مع زوجها المطعون ضده لمدة سبعة شهور كاملة ، مما مفاده ثبوت عجز جنسى فى جانبه لاينفيه خلوه من أى مرض عضوى ولايغير من ذلك أن العنة التى اصابته عنة نفسية مادامت قد أعجزته عن معاشرة زوجته ، ومن ثم فإن الزواج يكون باطلا وفقا لأحكام شريعة الأقباط الأرثوذكس التى ينتمى إليها الطرفان والتى لم تحدد مدة معينة للإستدلال على عدم قابلية العجز الجنسى للشفاء ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ٠ نقض ١٩٩٥/١٢/١ طعن ٨٧ س ٦٢ق ٠

(١) نقض ١٩٧٣/٣/١٤ س ٢٤ ص ٤٢١ ٠

إذا كان البين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه استند فى قضاءه بإبطال عقد الزواج الى مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى اطردت المجالس الملية على تطبيقها وكان ماساقه استدلالا على عدم قابلية العجز الجنسى للشفاء بمضى سنة يتتابع فيها الفصول الأربعة استهداء بقواعد الشريعة الإسلامية، إنما جاء تزيدا ولم يكن من أثر فى قضائه ، فإنه لايصح النعى عليه بالإنحراف عن تطبيق الشريعة الواجبة التطبيق ٠ طعن رقم ٢٩ سنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٧/١/٢٦ س ٢٨ ص ٢٠٢ ٠

الفرع الثالث

الإعتداء على الحياة والإيذاء الجسيم

" لما كان الزواج كما نصت عليه الأديان السماوية كافة ورفعته من أسس المجتمع الإنسانى إلى مكان على من بين نعم الله على عباده بما تهيئه لهم من تعاطف وتواد ، كما وأنه لما كان من الأسس الإنسانية العليا التى قامت عليها الأديان جميعها صيانة النفس ورعايتها ومنع الإضرار بها • بل والحض على التراحم والمحبة ، لما كان ذلك وكان المعلول يتبع علته وجوداً وعدماً ، فإن رباطاً يستهدف الشارع من قيامه الإصلاح والتواد فإذا به ينقلب سبيلاً للمضارة والإرهاق لجدير ـ أخذاً بسديد أسس التشريع السماوى ـ بالإنفصال درءاً لإستفحال الضرر المنهى عنه فى الشرائع جميعاً " •

هذا الحكم يعد تعبيراً صادقاً عن روح شريعة الأرثوذكس فتنص مجموعة الأقباط على أنه " إذا إعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد إيذاءه ايذاء جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق " •

ينطوى هذا النص على صورتين لإضرار أحد الزوجين بالآخر :

١ - **الإعتداء على الحياة** ، سواء كان بهدف القتل أم يكون من شأنه تعريض حياة الزوج الآخر للخطر ، وأياً كانت الوسيلة المتبعة ، ويستوى أن يقوم بنفسه بذلك أم يشاركه آخرون[1] •فتنص شريعة

---

(١) لايتوافر به موجب التطليق في شريعة الأقباط الأرثوذكس تحريض الزوجة أهلها على الإعتداء على زوجها بقصد تأديبه لا قتله •

لئن كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن مايدعيه الطاعن من تحريض زوجته المطعون ضدها أهلها على الإعتداء عليه ، كان بقصد تأديبه لاقتله ، وقد خلت الأوراق مما يدل على مايخالف ذلك أو اعتياد زوجته اتيان هذا الفعل ، فإنه على فرض ثبوت واقعة التحريض هذه ، فإنه لايتوافر بها موجب التطليق المنصوص عليه فى المادة ٥٥ من مجموعة الأحوال الشخصية ، ومن ثم يكون النعى بهذا السبب غير منتج • طعن رقم ٦٠ لسنة ٤٩ ق ـ جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ •

السريان على التطليق إذا تحيل أحد الزوجين على الأضرار بحياة الآخر بأية وسيلة كانت أو علم أن آخرين يسعون فى ذلك فكتمه ولم يظهره لقرينه • فهذا يعد سلوكاً ولكنه ينطوى على تعريض حياة الآخر للخطر• ونفس الحكم إذا ما إتهم الزوج زوجه فى جريمة عقوبتها الإعدام •

ويلزم أن يكون الإعتداء على الحياة صادراً عن قصد ، أى تتوافر فيه النية العدوانية ، فلا يكفى الاصابة الخطأ مهما كانت جريمة كحادث السيارة مثلاً ، ولكن يكفى مجرد الإعتداء أو محاولته ولو مرة واحدة ، ولايلزم التكرار لأن الزوج البرئ لا يأمن النجاة فى المرة القادمة •

وتلك الصورة التى تأخذ وصف الشروع فى قتل الزوج أو الإعتداء على حياته تتسم بالطبيعة المادية البحتة لأنها محاولة لإزهاق روح الطرف الأخر(١) •

---

(١) إذا اعتدى احدى الزوجين على حياة الآخر أو إعتاد ايذاءه ايذاءاً جسيماً يعرض صحته لخطر جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق •

أنه وان كانت المادة ٥٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس تنص على أنه " إذا إعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو إعتاد إيذاءه إيذاءاً جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق " •• وهو مامفاده أن الإعتداء الذى يبرر التطليق لدى هذه الطائفة هو الذى يصل الى حد محاولة القتل ويكفى فيه أن أن يقع مرة واحدة أو الذى لايصل إلى هذا الحد ولكنه يبلغ من الجسامة بحيث يترتب عليه تعريض صحة الزوج المعتدى عليه للخطر، وفى هذه الحالة يشترط تكرر الإعتداء بحيث يصبح عادة لدى الزوج المعتدى ويستوى فى الحالتين أن يكون الزوج فاعلاً أصلياً أو شريكاً فى الإعتداء ولكن لايشترط أن يتحقق فيه موجب توقيع العقوبة الجنائية وذلك لأن الأمر لايرجع إلى التقرير بترتيب أثر على إرتكاب الجريمة بحيث يتعين اعماله متى توافرت فيها اركانها المقررة فى قانون العقوبات وإنما مرده إلى إخلال الزوج بما يلقيه عليه ميثاق الزوجية المقدس من واجب التعاون مع الزوج الآخر على شئون الحياة فضلاً عن اخلاصه له واحسان معاشرته وهو مايكفى لتحققه مساهمة الزوج بأى صورة فى التعدى على زوجه ولو لم يبلغ فعله مبلغ الجريمة • طعن رقم ٦٠ لسنة ٤٩ ق ـ جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ •

٢ ـ **الإيذاء الجسيم** الذى من شأنه أن يعرض صحة أحـــد الزوجيـن للخطر ، ويكون عن طريق كل اعتداء أقل مرتبة من الإعتـــداء علـــى الحياة مباشرة أى بقصد القتل • لهذا يشترط فى هذا الإيذاء أن يكـــون جسيما من جهة وأن يتكرر عدة مرات ولو بوسائل أو طرق متعددة من جهة أخرى •

وتطبيقا لما سبق فقد قضى بأن " إدعاء الزوجة أن زوجها قـد دأب على الإعتداء عليها بالضرب وهى بسبيل هذا لم تقدم ما يؤيده ، فإعتداء أحد الزوجين على الآخر بالضرب الذى لـم يـترك أى أثـر لايجـيز التطليق• على أن الإعتداء الذى يبرر التطليق إنما هو الإعتداء المـادى الذى يصل إلى محاولة القتل ، أما إذا لم يصل الإعتداء إلى تلك المرتبة من الخطورة فإن تكراره مع جسامته تغنى عن تلك المرتبـــة ، بحيـث يضر بصحة الزوج الواقع عليه ذلك الإعتداء •

" والثابت من الأوراق الإعتداء المنسوب وقوعه من الزوج علـــى زوجته لايخرج عن كونه واقعة ضرب واحدة ، اعترف بها المدعـــى عليه وعلل الباعث له على ارتكابها عناد زوجته وعدم طاعتها له ، ولم تقل الزوجة أن إعتداء آخر وقع عليها ، فيكون شرط التكـــرار غـير متوفر[١] •

الإيذاء المادى والمعنوى :

ذهب البعض إلى أن المقصود بالإيذاء الجســيم المـبرر للتطليــق يقتصر على الإيذاء المادى فقط ، أى الإعتداء المادى دون المعنوى•

---

(١) متى كان الحكم المطعون فيه ــ الذى قضى بتطليق المطعون عليها من الطاعن ــ قد أقام قضاءه على ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء وكانت هـــذه الدعامـــة قــد استقامت وتكفى وحدها لحمل الحكم • فإن النعى على الحكم فيما أورده من أن شك الزوج فى زوجته لعلاقتها بابن عمها يعتبر ضررا يجيز تطليقها ــ هذا النعـــى ، علـــى فــرض صحته ، يكون غير منتج • نقض ١٩٧١/١١/١٧ س ٢٢ ص ٩١٧ •

فقد حكم بأن الإعتداء الذى يبرر التطليق هو الإعتداء المادى الـذى يصل إلى محاولة القتل أما إذا لم يصل الإعتداء إلى تلك المرتبة مـن الخطورة فإن تكراره مع جسامته تغنى عن تلك المرتبة بحيث يعـرض صحة الزوج الواقع عليه ذلك الاعتداء للخطر ٠

وحكم أيضا بأن الأفعال التى عوقب الزوج من أجلـها لاتعـدو أن تكـون سبا قد صدر منه فى حق الزوجة بألفاظ نابية ، فهو والحال هذه لم يبلغ حد الجسامة التى تبرر التطليق[١] ٠

– إلا أن الرأى الراجح هو الإعتداد أيضا " بالإيذاء الأدبى أو الإيلام النفسى كالسب والقذف والشتم والإهانة وغير ذلك من أنـواع الإيـذاء الماسة بالشرف والإعتبار ، فهذا الإعتداء مع تكرار حصولـه يدخـل ضمن الإيذاء الجسيم الذى يعرض صحة المجنى عليه للخطر ، ذلك أن من الإهانات المتكررة مايتولد عنه حالة نفسية تؤثر على صحة المجنى عليه وتعرضها للخطر ٠ بل أن الإيذاء المعنوى يكون له تأثيره أيضـا على الصحة البدنية ومن ثم فإعتبار هذا الإيذاء سببا للتطليـق ينـدرج تحت مفهوم النص " الإيذاء الجسيم الذى يعرض الصحة للخطر " ٠

وتجمع كتب الفقه المسيحى على هذا المعنى مـن خـلال الأمثلـة المعطاه " فإن دبر الرجل على عفة زوجته وأسلمها لمن يفجر بها أو أن

---

(١) أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيـذاء بـالقول أو الفعل الذى لايكون عادة بين أمثالهما يستطاع معه دوام العشرة بينـهما وأنـه لايشـترط لإجابتها الى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر ايقاع الأذى بها بل يكفى لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة ، وكان تقدير عناصر الضـرر ممـا تستقل به محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ٠ وكان الحكـم المطعون فيه إذ قضى بتطليق المطعون عليها من الطاعن قد أقام قضـاءه علـى ثبـوت الضرر الحاصل من الإيذاء بالقول الفاحش ، وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكفى لحمل الحكم ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير اساس ٠ طعن رقم ٣٣ لسـنة ٥٠ ق ـ جلسة ١٩٨١/٣/٣١ ٠

يشهد عليها أنه يثبت عليها الفجور فلم يمكنه أن يقيم البرهان على ذلك ، فقد اتجه لها من هذه العلل أن تفارقه " .

" فتحيل الرجل على إفساد عقيدة زوجته النصرانية أو تعريضها لخطر ذلك موجب لفسخ الزواج " . " وكذلك إذا قصر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر فإنه يقضى بالطلاق" . " كما للزوجة أن تطلب طلاقها إذا اتهمها زوجها بالزنا أمام سلطة رسمية ولم يتمكن من اثبات اتهامه " .

وتضيف شريعة الأرمن حالات تنطوى على نوعى الإيذاء كرفض الإتصال الجنسى لغير مانع شرعى ، أو عمل أحد الزوجين على أن يبقى الآخر فى حالة عقم وعلى الأخص إذا اتخذ وسيلة للإجهاض أو استبدل بالطريق الطبيعى للإتصال الجنسى طريقا مخالفا للطبيعة أو القانون .

فتلك النصوص قاطعة فى الإعتداد بالإيذاء المعنوى الى جانب الإيذاء المادى كمبرر للتطليق إذا ماتوافرت شروطه ، أى الجسامة والتكرار . وهذا ما أخذت به أغلبية أحكام القضاء .

فقد حكم بأن " هجر الزوج لزوجته وامتناعه عن الانفاق عليها وإساءة عشرتها ، وجمعه الأشرار بمنزله لدفع زوجته فى طريق غير شريف بقصد الحصول على المال لإشباع هوايته فى شرب الخمر ولعب الميسر .. كل ذلك لاشك يعد إيذاء جسيما يعرض صحتها للخطر مما يسوغ معه فصم عرى الزوجية بينهما " .

وحكم أيضا . بأن المحكمة تلاحظ أن هناك من صنوف الأذى المعنوى ما هو أشق وأمر على النفس من الأذى الجسمانى فتكون نتيجته أيضا التأثير على صحة الإنسان السليم أكثر مما يؤثر عليها الضرب أو إستعمال القسوة .. فإن صح أن المدعية أوذيت فى

شعورها بإتهام الزوج لها بالزنا مع والده إلا أن تكرار مثل هـذا الأذى أمر مفتقد فى الدعوى •

" وإذا كانت الزوجة ترى أن فى التبليغ من زوجها بأنـها سـرقت نقوده إهانة أدبية فإنه ظاهر من الحكم الصادر فـى دعـوى الجنحـة المباشرة التى رفعتها الزوجة على زوجها واتهمته فيها بأنه أبلغ كذبا مع سوء القصد أنها سرقت ، أنه قد نفى عن هذا الزوج كل سوء نية لأنـه لم يتردد فى المسارعة الى نفى السرقة عندما وجد متاعه • فليس فـى تبليغ الزوج أية إهانة فى هذه الظروف ولذا فإن الإيذاء المـادى غـير موجود ، والإيذاء الأدبى غير واضح وخشية الإيذاء مسـتقبلا مجـرد افتراض لاينبنى عليه التطليق" •

وحكم كذلك بأن " تمادى كل من الزوجين فى اتهام الآخر بما يشينه وما يمس شرفه وتولد الكراهية بينهما وإنهيار حياتهما العائلية ، يـبرر فسخ الزواج ، لأن العودة للحياة الزوجية ميئوس منها[1] •

---

(١) أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الضرر الموجب للتطليق وفقـا لنـص المـادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو ايذاء الـزوج زوجتـه بـالقول أو الفعل، ويدخل فى ذلك الإتهام بإرتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما • طعن رقم ٧٩ لسنة ٥١ ق (أحوال شخصية) ــ جلسة ١٩٩٢/٢/١٨ •
التبليغ عن الجرائم ــ من الحقوق المباحة للأفراد ــ استعماله فى الحدود التى رسـمها القانون لايرتب مسئولية ــ إباحة هذا الحق لايتنافر مع كونه يجعـل دوام العشـرة بيـن الزوجين مستحيلا •
من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التبليغ عن الجرائم وان كان من الحقوق المباحة للأفراد وان استعماله فى الحدود التى رسمها القانون لايرتب مسئولية إلا أن إباحـة هـذا الحق لاتتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلا لما له مـن تـأثير فـى العلاقة بين الزوجين • لما كان ذلك وكان الثابت من الشكوى رقم ١١٨٩ لسـنة ١٩٨٧ إدارى الخليفة أن المطعون ضده اتهمها بأنها تعدت عليه بالسب وطلب اتخاذ الاجـراءات القانونية ضدها كما أنه اتهم أهلها بالسب وتعددت الخصومات بينه وبينهم فـى سـاحات المحاكم ودور الشرطة على النحو الثابت بالمحاضر المقدمة منـها وحكـم عليـه نـهائيا بالحبس اسبوعين فى الجنحة رقم ٦٦٥ لسنة ١٩٨٨ س مصر بتهمة التعـدى بـالضرب على والد الطاعنة وإذ أهدر الحكم المطعون فيه دلالة هذه المستندات واعتـبر الطاعنـة عاجزة عن إثبات الضرر على سند من أن الشكاوى التى قدمت الطاعنة صورها مـردده جميعها بين والدها والمطعون ضده وأنها لا شأن بها فإنه يكـون معيبـا بمـا يسـتوجب نقضه• طعن رقم ٧٩ لسنة ٥١ ق (أحوال شخصية) ــ جلسة ١٩٩٢/٢/١٨ •

" أن إتهام الزوجة لزوجها بجريمة خلقية شاذة تستوجب الحكم عليه بالأشغال الشاقة • يصلح سببا للتطليق بشرط ثبوت سوء نيتها وعلمها بكذب هذا الإتهام ، لأن فى ذلك من الضرر الذى يعود على الزوج من قيام الزوجية بعده " •

" وأنه لما كانت المواقعة من الخلف أمرا تنهى عنه كافة الأديان السماوية وتثور منه النفوس الأبية فهو والحالة هذه ينهض بذاته إن صح، سببا من أسباب التطليق ، لذلك رأت المحكمة تنويرا للدعوى وتحقيقا لدفاع طرفيها أن تقضى بندب الطبيب الشرعى لتوقيع الكشف على المدعية لبيان ما إذا كانت بها آثار مواقعة جنسية شاذة من عدمه وما إذا كانت قد تكررت أم لا " •

تقدير الإيذاء وإثباته :

لاشك أن الإيذاء ، ماديا كان أم معنويا ، تتعدد صوره وتطبيقاته ، ولقاضى الموضوع سلطة واسعة فى تقدير مدى جسامته والإعتداد به ومدى تكراره ، فتلك الأمور تختلف بطبيعة الحال من واقعة إلى أخرى، وذلك طبقا للعناصر القائمة فى كل قضية على حدة • فالأمر يختلف بإختلاف البيئات والمجتمعات والطبقات الإجتماعية ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالإيذاء الأدبى الذى يتسم بالنسبية ، ويتفاوت بتفاوت الظروف التى يتم فيها •

ولاشك أن الإعتداء المادى أو الأدبى يعتبر من الوقائع المادية التى يمكن اثباتها بكافة طرق الإثبات[١]• وصدور حكم جنائى عن نفس الوقائع قد يساعد فى عملية الإثبات ، إلا أنه لايلزم قاضى الأحوال

(١) أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه عينا أو سماعا وذلك فى غير الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها إثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين من الأخر إذ تكون البينة فيه شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وأمرأتين عدول =

الشخصية لإختلاف تكييف المسألة فى كل من القانونين ٠

الفرع الرابع

تصدع الحياة الزوجية

الفرقة واستحكام النفور

استقرت محكمة النقض على الأخذ بهذا السبب لإنحلال الرابطة الزوجية وذلك انطلاقا من إجماع طوائف الأرثوذكس على الإعتداد به كسبب للتطليق ، وإن استعملت تعبيرات مختلفة عن الفكرة ذاتها ، ومع تفاوت يسير فى الشروط بينها ٠

= أخذا بالراجح فى فقه الأحناف الواجب الرجوع اليه فى نطاق الدعوى إعمالا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشريعة ٠ لما كان ذلك وكان الثابت من التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن أيا من شاهدى الطاعنة لم ير بنفسه إعتداء المطعون ضده بالضرب أو السب وأن ماشهدا به فى هذا الخصوص جاء نقلا عنها فإن شهادتهما تكون — والحال كذلك — سماعية وتغدو من ثم غير مقبوله شرعا فى إثبات وقائع الأضرار المقول بها فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بها كبينة شرعية فى إثبات مضارة المطعون ضده بها وعدم أمانته عليها يكون قد صادف الصحيح فى القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس ٠ طعن رقم ٩٧ لسنة ٥٨ ق (أحوال شخصية) — جلسة ١٩٩١/١٢/١٧ ٠

إجتماع كلمة الشاهدين على الفاظ سباب معينة فى زمان ومكان واحد — اختلافهما فى بيان مظاهر الانفعال أو فى أشخاص الحضور بمجلس السباب — لا أثر له — علة ذلك ٠

المقرر فى فقة الحنفية — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — أن الشهادة فيما هو قول محض وفيما يستوى فيه لفظ الإنشاء ولفظ الأخبار ، لايضرها ولايبطلها ولايمنع من قبولها الإختلاف الحاصل بين الشهادتين ، لأن القول مما يعاد ويكرر ولأنهما لم يكلفا بحفظ ذلك ٠ وإذ ذهب الحكم الى أن شاهدى المطعون عليها قد اجتمعت كلمتهما على أن الطاعن وجه اليها الفاظ سباب معينة فى زمان ومكان واحد ، واعتبر أن هذه الواقعة تشكل مضارة موجبة للتطليق ، فإنه لايوهن منها اختلافهما فى بيان مظاهر الانفعال الذى انطبعت آثاره على المطعون عليها أو فى أشخاص الحضور بمجلس السباب ٠ طعن رقم ١٢ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٢ ٠

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن إستحكام النفور بين الزوجين الذى يجيز الحكم بالتطليق ، يلزم أن يكون نتيجة إساءة أحد الزوجين معاشرة الأخر أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالا جسيما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بإفتراقهما ثلاث سنوات متتالية ، على ألا يكون الخطأ فى جانب طالب التطليق حتى لايستفيد من خطئه ، فإذا كان مرد الخطأ لا إلى الطرف الأخر بل من الزوجين معا ، واستحالت الحياة بينهما ، فإنه يجوز التطليق فى هذه الحالة أيضا لتحقق ذات العلة وهى تصدع الحياة الزوجية بما لايستطاع معه دوام العشرة[١] .

عبر الحكم عن مضمون تلك العلة التى من أجلها يحكم القاضى بإنهاء الرابطة الزوجية ، فهذا الإنهاء ينطوى على الجانبين الجزائى والعلاجى ، فهو جزاء لخطأ الزوجين أو أحدهما ، وفى نفس الوقت علاج لحياة زوجية ميئوس من استمرارها ولا تحقق الأهداف المرجوة منها .

واستخدمت المحكمة التعبيرات التى تعبر بها تشريعات طوائف الأرثوذكس عن نفس الفكرة : الفرقة ، إستحكام النفور ، استحالة الحياة، تصدع الحياة الزوجية .

---

(١) إذا ما أضيف إلى ذلك ما استشفته المحكمة من أن السبب الحقيقى للنزاع على ما يبين من محضر الصلح الذى تتمسك به المستأنف ضدها هو إقامة الطرفين فى مدينة طنطا محل عمل المستأنف ورغبتها فى الإقامة فى القاهرة ، الأمر الذى يدل بجلاء على أن المستأنف ضدها هى مصدر النزاع وسببه لا المستأنف الذى أوفاها بمبلغ ١٥٠ جنيه قيمة المتجمد من نفقتها فى ذمته ومبلغ ٧٥ جنيه من أصل ثمن المنقولات التى تصرف فيها وتعهد بدفع ثمنها ، مما يدل على أنه خالص النية فى استئناف الحياة الزوجية حريصا على الإبقاء عليها ، فإذا ما أضيف إلى ذلك أن ماشهد به شاهد المستأنف من أن الفرقة استطالت أكثر من ثلاث سنوات وأن النزاع استحكم بين الطرفين بصورة يتعذر معها استئناف الحياة الزوجية وأن الزوجة هى المخطئة والمتسببة فى النزاع بسبب رغبتها فى الإقامة بالقاهرة " وهى تقريرات موضوعية سائغة ولها أصلها الثابت فى الأوراق ، والجدل فيها يتعلق بتقدير الدليل وهو ما يستقل به قاضى الدعوى ، ولامخالفة فيها لشريعة الأقباط ألأرثوذكس" .نقض ١٩٧٠/٢/٢٢ س ٢١ ص ٦٧٣ .

ويجدر الإشارة إلى أننا بصدد أحد أسـباب التطليـق التـى تتسـم بالمرونة والنسبية الى حد كبير ، مما يكون معه للقاضى سلطة تقديريـة واسعة فى تقييم الوقائع المستند إليها بكل دعوى علـــى حـدة ومـدى اعتبارها كسبب لانحلال الزواج[١] • ولاشك أن ذلـك يفتـح المجـال لإستيعاب الكثير من حالات التطليق والتفـاوت فـى تقديرهـا حسـب المجتمعات والأزمنة والظروف الثقافية المحيطة بالأطراف • بل ومكنة تحايل الأفراد والحصول على التطليق بإتفاقهما وذلك بإظـهار النفـور والفرقة بينهما •

وهذا ماعبرت عنه محكمة النقض : وذلك من مسائل الواقع التـــى يستق قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح مـايطمئن إليه منها واستخلاص ما يقتنع به مادام يقيم حكمه على أسباب ســائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى ينتهى اليها[٢] •

---

(١)لما كان تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين من مسائل الواقــع التــى يسـتقل قـاضى الموضوع ببحث دلالتها والموازنة بينها وترجيح مايطمئن إليه منها واستخلاص مايقتنع به مادام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما أورده من أن " الثـابت مـن أقـوال شـاهدى المستأنف ــ المطعون ضده ــ أن المستأنف عليها قد هجرته منذ مـدة جـاوزت عشـر سنوات متصلة سابقة على رفع الدعوى ورفضت الصلح أكثر من مرة لسبب كراهيتها لـه وللحياة معه ، وكان هذا الذى أورده الحكم استخلاصا موضوعيا سائغا ممـا لـه أصلـه الثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه بالتطليق فإن النعى عليه لايعـدو أن يكـون جـدلا موضوعيا فى سلطة المحكمة فى تقدير الدليل مما لاتجوز إثارته أمام محكمـة النقـض " نقض ١٩٨٩/٥/٢٦ ج ٢ ص ٢٩٦ •

(٢) لقاضى الموضوع السلطة التامة فى الترجيح بين البيانات واسـتظهار الواقـع فـى الدعوى ووجه الحق فيها ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق الطاعنة مـن المطعون عليه على قوله " •• فإن هذه المحكمة ترى الأخذ بأقوال شـاهدى المسـتأنف لإطمئنانها لهما إذ قرر هذان الشاهدان أن الفرقة قد استمرت بين طرفى النزاع لمدة أربـع سنوات متصلة وأن المستأنف عليها (الطاعنة) هى التى تسببت فـى اسـتحكام النفـور بينهما لإعتدائها على المستأنف بالسب والشتم وإمتناعها عن خدمته وإخلالـها بـالإلتزام بطاعته" •

وهو من الحكم تطبيق صحيح للقانون واستخلاص موضوعى سائغ مما له أصله الثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضائه بالتفريق •• " نقض ١٩٨٥/٤/٩ س ٣٦ ص ٥٧٧ •=

شروط التطليق للنفور والفرقة :

تعبر محكمة النقض عن تلك الشروط بقولها أن استحكام النفور بين الزوجين الذى يجيز طلب الحكم بالتطليق بسببه ، يجب أن يكون نتيجة إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر واخلاله بواجباته نحوه إخلالا جسيما بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة ، على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق حتى لايستفيد من خطئه • وبغير توافر هذه الشروط تكون دعوى الطلاق غير مقبوله ، وعلى هذا يلزم توافر الشروط الأتية مجتمعة :-

١ - أن يسئ أحد الزوجين معاشرة الآخر أو يخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما مما يؤدى إلى استحكام النفور بينهما استحكاما ينتهى بالفرقة • فالإخلال الجسيم بواجبات الزوجية هو الذى يؤدى إلى النفور والفرقة • وعلى من يطلب التطليق إقامة الدليل على هذا الإخلال حتى يحصل على التطليق بسبب خطأ الزوج الآخر • " فإثبات الخطأ بهذه المثابة مسألة لازمة سابقة على التحقق من استحكام النفور بإعتباره نتيجة للإخلال بواجب من واجبات الزوج الذى أخل بواجباته الزوجية أو أدى إلى استحكام النفور[١] •

= وإذا لم يدع الطاعن أن النفور الحادث بينه وبين زوجته نتيجة اعتداء أهلها عليه وعلى أفراد أسرته قد أدى إلى افتراقهما المدة المذكورة فإنه لا يتوافر به موجب التطليق• ويكون النعى على الحكم المطعون فيه فى خصوص عدم إعتداده بهذا السبب على غير أساس " • نقض ١٩٨١/٢/٢٤ س ٣٢ ص ٦١٧ •

تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين. استقلال قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها ما دام أقام قضاءه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها. (الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٦١ ق ــ أحوال شخصية ــ جلسة ١٩٩٦/٤/٢٢).

(١) عجز الزوج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس عن اثبات اساءة الزوجة أو اخلالها بواجباتها نحوه ــ ثبوت أن الإساءة من جانبه ونفى النشوز والهجر عنها • القضاء برفض دعواه بالتطليق فى هذه الحالة ــ لا خطأ • =

فقد قضى بأنه " إذ الثابت على لسان الزوج وشاهديه دون نفى من الزوجة أن الشقاق دب منذ أن تزوجا وأن الزوجة هى التى هجرت منزل الزوجية على غير رغبة زوجها ودون علمه ، فاستطالت الفرقة أكثر كثيرا من ثلاث سنين بفعل الزوجة ، وبالرغم من إعلانها شخصيا فإنها لم تحضر لتعلل سببا لهذا الهجر ولم تتحرك إلى الرد على الإدعاءات التى اسندها اليها زوجها بالرغم من علمها بقيام الدعوى ، فتكون قد عملت من جانبها على إستحالة عودة الحياة الزوجية ، ومن ثم تكون قد تجمعت من جانبها أسباب التطليق المبنى على الفرقة الطويلة ".

إلا أن الخطأ يمكن أن يكون مشتركا ، فقد حكم : أن للمحكمة أن تفحص الأمر لتقدر مسئولية كل من الطرفين عن أسباب الخلاف التى أدت إلى إستحالة دوام الحياة الزوجية بينهما ، وتخلص المحكمة إلى أن

= إذا كان المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن شريعة الأقباط الأرثوذكس تجيز طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالا جسيما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بإفتراقهما ثلاث سنوات متواليات على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق وإلا أفاد من فعلته . وكان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه برفض دعوى التطليق المرفوعة من الطاعن على سنة من نفى النشوز والهجر عن المطعون عليها طبقا لما استخلصه من حكمى إلغاء الطاعة وابطال اسقاط النفقة وأضاف أن الطاعن عجز عن تقديم الدليل المثبت لإساءة المطعون عليها لزوجها أو إخلالها بواجباتها نحوه مقررا أن الإساءة فى واقع الأمر من جانب الطاعن ، فإن هذا الذى قرره الحكم من شأنه أن يؤدى الى رفض دعوى التطليق ويتفق وصحيح القانون . طعن رقم ١٠ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٥ .

القضاء بالتطليق استنادا إلى إساءة الزوجة لزوجها المحجور عليه للعته ــ عدم جواز المجادلة أمام محكمة النقض فى تقدير محكمة الموضوع لأقوال الشهود التى استندت اليها فى استخلاص موضوعى سائغ .

إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بالتطليق الى اساءة الطاعنة الى زوجها المحجور عليه للعته وإعتدائها عليه إلى اقوال شاهدى المطعون عليه والتى سلمت من أى مطعن يردها أو يضعف الثقة فيها وكان هذا من الحكم استخلاصا موضوعيا سائغا له مأخذه فى الأوراق ويؤدى الى النتيجة التة انتهى اليها ومتروك لتقديرها مما لايجوز الجدل فيه أمام محكمة النقض . نقض ١٩٧٧/١/١٢ س ٢٨ ص ٢٣٢ .

الخطأ مشترك بين الزوجين ، فكما أن الزوج قد ذهب إلى حد التنكيل بزوجته والتشهير بذويها وإتهامها بسرقة المجوهرات التى قدمها لها كهدية ، فالزوجة من جانبها قد تركت منزل الزوجية لتلتحق بالمعهد .. متجاهلة أنها أصبحت بعد الزواج ملزمة بالعيش فى كنف زوجها وأن تقوم على خدمته ورعايته . فمسئولية الزوجة ليست بأقل من مسئولية الزوج ، بل هى أشد منها وأخطر ، فهى البادئة بإثارة زوجها وهى التى دفعته الى ما ارتكبه من إثم فى حقها وحق ذويها ، ومن ثم كان التطليق بخطأ الزوجين معا [١] .

٢ - **إستحالة عودة الحياة الزوجية** ، وذلك نتيجة للفرقة واستحكام النفور . وتقدر المحكمة ذلك من خلال القرائن والوقائع المطروحة أمامها[٢] .

---

(١) ولما كان يتعين للقول بإستحكام النفور بين الزوجين أن تقوم الجفوة بينهما بما يجعل حياتهما المشتركة أمرا غير محتمل ، وبحيث يكون التصدع الواقع مما يصعب رأبه ، وكان إثبات الخطأ بهذه المثابة مسألة لازمة سابقة على التحقق من استحكام النفور ، بإعتباره نتيجة لتوافر سوء المعاشرة أو الإخلال بواجب من الواجبات التى يفرضها عقد الزواج .وكان التطليق فى هذه الحالةعقابى يستهدف توقيع الجزاء على الزوج الذى أخل بواجباته الزوجية أو أدى إلى استحكام النفور والفرقة ، فإنه لامحل لإعمال حكم هذه المادة متى كانت الفرقة أو دوافع الهجر المنسوبة لأحد الزوجين مردها إلى إخلال الزوج طالب التطليق بواجباته الجوهرية . نقض ١٩٧٩/٢/١٤ س ٣٠ ص ٥٣٥ .

(٢)تنص المادة ٤٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على انه " يقضى أيضا بالطلاق إذا قصر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر ، وتنص المادة ٥٢ على أنه كذلك يجوز الحكم بالطلاق إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما فى المعيشة مستحيلا ومفاد النص الأول أنه يجوز الحكم بالطلاق لتقصير أحد الزوجين فى تقديم المعونة والحماية للزوج الأخر ، ويجيز النص الثانى القضاء بالطلاق إذا استحكم النفور بين الزوجين بصورة يستحيل معها امكان التوفيق . طعن رقم ٣٥ سنة ٤٠ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٧ س ٢٣ ص ١٤٧٩ .

عرض الصلح على الزوجين قبل إيقاع الطلاق لا توجيه المادة ٥٧ من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس. محاولة التوفيق المشار إليها بالمادتين ٥٩، ٦٠ من تلك المجموعة. لا محل لتطبيقها أمام القضاء الوضعى. علة ذلك. (الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٦١ق ــ أحوال شخصية ، جلسة ١٩٩٦/٤/٢٢).

وتعبر شريعة الأرمن عن ذلك : بوجود التنافر الشديد بين طباع الزوجين الذى يجعل اشتراكهما فى المعيشة مستحيلاً . وعند الروم بأنه التصدع الجسيم على آصرة الزواج الذى يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها أمراً مستحيلاً وغير محتمل . وعند السريان هو وقوع الخصام بينهما أو الخلاف حول استيفاء الحقوق الشرعية .

- وينبغى أن تكون كل الطرق قد استنفذت للإصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما ، عن طريق إزالة ما أمكن من العقبات وأسباب الخلاف والتنافر ، من خلال تدخل الأهل والأقارب ورجال الدين والقاضى نفسه.

وإن كانت بعض الشرائع تنص على الإستعانة بنصح وتأديب الأب الروحى للزوجين حتى يتوبان وينصلح أمرهما ، إلا أن محكمة النقض ترى أن الأمر يقتصر على محاولة التوفيق بين الزوجين ذلك أنه إذا استمر الخلاف بينهما وأصبحت الحياة الزوجية مستحيلة بما لايتحقق معه أغراض الزواج ، فإنه يتعين الحكم بالتطليق .

وفى حقيقة الأمر فإن كل حالة خاضعة لتقدير المحكمة وسلطانها إن شاءت قضت بالتطليق وإن شاءت رفضته دون معقب عليها إذا ما اقتنعت بتوافر أسبابه وبأنه لا أمل فى قيام حياة زوجية مستقرة بين الزوجين[1] .

---

(١) وحيث أن الطاعن ينعى بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك يقول أن أقوال شاهدى المطعون ضدها لا تفيد توافر شروط التطليق المنصوص عليها فى المادة ١/١٤ من مجموعة الروم الأرثوذكس التى تستوجب لحصول التصدع فى الحياة الزوجية إستمرار الشجار ، واستحكام النفور ، وإستطالته مدة تسمح بالقول بإستحالة الحياة الزوجية وثبوت إخفاق الصلح ، ولما كانت مدة الخلاف بين الطرفين من تاريخ الزواج حتى رفع الدعوى لم تستطل إلى الحد الذى يمكن معه القول بإستحكام النفور ، وكان الحكم قد أقام قضاءه على ما اطمأن إليه من أقوال الشاهدين وأوراق الدعوى — دون أن يفصح عن مضمون هذه الأوراق — فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب — هذا إلى أن الحكم المطعون فيه أضاف سبباً لحصول التصدع فى الحياة الزوجية هو شكاية =

- ويجب أن ينطوى الأمر على كراهية متبادلة يتعذر معها الإبقاء على الحياة الزوجية ، وبشرط ألا يستفيد من سعى منهما إليها ،فلا تطليق إذا ماقررت الزوجة بأنها لاتكره زوجها وابدت رغبتها فى الصلح واستئناف الحياة الزوجية أكثر من مرة .

- ونفس الحكم إذا ماكان مابين الزوجين هو مجرد غضبة طارئة أذكى نارها ظروف خارجة ، كمطالبة الزوجة الدائمة فى عش لايشاركها فيه غير زوجها وهو حق من حقوقها تمليه طبيعة الحياة الزوجية . فقد قضى بأنه إذا كان الأمر لايعدو أن يكون سوء تفاهم بينهما مرجعه ومرده التصرفات الشاذة لوالدته قبل الزوجة واقرار الزوج لذلك بل ومناصرته لها قبل زوجته رغم علمه بسوء طباعها الناشئ عن حدة مزاجها وتور أعصابها بشهادة الجيران والمعارف فإن التنافر لايكون قائماً بين الزوجين بدليل تعبير الزوجة عن حبها لزوجها

= المطعون ضدها من العيب الجنسى فى الطاعن ، وهو عند الروم الأرثوذكس سبب مستقل للتطليق له شروطه لم يتناولها الحكم ، بل استدل عليها من عدم نفى الطاعن لها قبل إثبات المطعون ضدها لهذه الشروط بما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ويستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعي مردود فى شقه الأول ، ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع . ولاسلطان لأحد عليها فى ذلك إلا أن تخرج بتلك الأقوال إلى غير مايؤدى إليه مدلولها ، وكانت محكمة الموضوع قد اطمأنت من أقوال شهود المطعون ضدها إلى أن الحياة الزوجية قد تصدعت بما لايستطاع معه استمرارها بسبب تعدى الطاعن عليها بالضرب والسب ، وهو منها استخلاص سائغ يكفى وحده لحمل قضاء الحكم ، فإن النعى بهذا الشق لايعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير الدليل لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض . لما كان ذلك وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تزيد محكمة الإستئناف بما لايؤثر على صحة الحكم المؤسس على قاعدة سليمة ، فهذا التزيد مهما جاء فيه من خطأ لايعيب الحكم ، ولايستوجب نقضه ، وكان ماتزيد فيه الحكم المطعون فيه من القول باطمئنانه إلى " أوراق الدعوى " دون أن يفصح عن مضمون هذه الأوراق ، أو أن المطعون ضدها تتضرر من " عدم دفاعها " لا يؤثر على النتيجة التى إنتهى إليها الحكم بتطليقها من الطاعن ، ويستقيم بدونها ، فإن النعى بباقى هذا السبب يكون غير منتج، ومن ثم يكون غير مقبول ".نقض ١٩٨٧/١٢/٢٢ س ٣٨ ج ٢ ص ١١٦٢ .

ورغبتها فى أن يوفر لها الحياة المستقلة ، وهذا لايمنع من وده لوالدته وبره لها .

٣ - أن تكون الفرقة ، الناجمة عن النفور وتصدع الحياة الزوجية **لمدة ثلاث سنوات على الأقل** . فتلك المدة تعد تعبيراً عن استحالة الحياة الزوجية من جهة وبيان الضرر الذى يعود على الزوجين من بقاء الزوجية من جهة أخرى .

والفرقة المقصودة هى التابعد الإرادى بين الزوجين طعاماً وفراشاً ومسكناً فى آن واحد ، فإن كان افتراق الزوجين فى الفراش فقط ، متى ثبت اتحادهما سكناً ومائدة فإن هذا يدل على أن الكراهية بينهما لم تكن مستحكمة بحيث يصبح بقاء الزواج بينهما مستحيلاً متعذراً .[١]

والفرقة تنطوى على هجر مقصود ، ومن ثم فمجرد الغياب الطارئ أو البعاد لظروف إرادية كالتجنيد مثلاً لايعتد به مالم ينطوى الأمر على توافر شروط الغيبة أو الموت الحكمى .

ويستقر قضاء النقض على ضرورة استمرار افتراق الزوجين ثلاث سنوات متتالية . فهذه " مدة معقولة غير تحكمية يمكن للمحكمة أن تستشف منها تعذر عودة الحياة الزوجية ، وان نقص هذه المدة يجعل الفرقة المؤدية إلى الطلاق متخلفة ، حيث لم تتصل الفرقة بين الزوجين ولم تمتد امتداداً كافياً يمكن معه الجزم بإستحالة الحياة الزوجية[٢] .

" فلا يقبل طلب التطليق إذا كانت الفرقة بين الزوجين لم يبلغ مداها أكثر من عام واحد كان الزوج خلاله حريصاً على معاودة الحياة الزوجية ".

---

(١)الفرقة الموجبة للتطليق شرطها. ابتعاد كل من الزوجين عن الأخر فى الفراش والمائدة والمسكن تخلف أيا منها أثره عدم اعتبارها سبباً للتطليق علة ذلك. (الطعن رقم ٢٣٨ لسنة [illegible] قضائية ــ أحوال شخصية ــ جلسة ٣٠/٤/١٩٩٨).

(٢) نقض ٥ [illegible] ١٧٥ [illegible]

أن من يلجأ من الزوجين إلى اصطناع أسباب الخلاف للفرقة رغبة فى التحلل من الرابطة الزوجية لايستفيد مما أثم ليصل إلى التطليق(١) ، وإلا كان بيد كل من الزوجين أن يخلق سبباً للفرقة ويطيل مداها مدة أكثر من ثلاث سنين ويحقق بفعله سبب التطليق " فمتى كانت الفرقة قد انبعثت أصلاً بفعل الزوج ثم استطالت بسبب الكراهية لزوجته كما شهد شاهداه ، فإن الزوج فى هذه الحالة لا يستفيد من طول الفرقة للتذرع بها كسبب من أسباب التطليق لأنه هو العامل عليها" • ونفس الحكم بالنسبة للزوجة " فإذا كانت قد هجرت منزل الزوجية ، رغبة فى الإستقلال بمنزل خاص وفرض نفقة لها ، وكان الزوج قد عرض من جانبه ما يستطيع أن يدفعه من النفقة ، فإنه مهما استطالت الفرقة فإنها ترجع فى الأصل الى تعنت الزوجة فلا تستفيد من طول الفرقة كسبب للتطليق " •

٤ - **عدم إفادة طالب التطليق من خطئه** ، بمعنى ألا يستفيد المتسبب فى الخلاف من عنته ، فمن يتسبب فى الفرقة رغبة فى التحلل من الزواج ، يرد عليه قصده السئ •

فقد حكم بأنه لايجوز التطليق بناء على ما إدعى به الزوج من قيام حالة الهجر ، فقد عجز عن اثبات أن زوجته قد أخلت بواجبات الزوجية نحوه ، بل على العكس تمنت أن تصطلح مع زوجها وتستأنف الحياة الزوجية ، ولكنه أبى عليها ذلك وحدها ووقف منها موقفاً معادياً ينطوى

---

(١) ولما كان يتعين للقول بإستحكام النفور بين الزوجين أن تقوم الجفوة بينهما بما يجعل حياتهما المشتركة أمراً غير محتمل وكان إثبات الخطأ بهذه المثابة مسألة لازمة سابقة على التحقق من استحكام النفور بإعتباره نتيجة لتوافر سوء المعاشرة أو الإخلال بواجب من الواجبات التى يفرضها عقد الزواج وكان التطليق فى هذه الحالة عقابى يستهدف توقيع الجزاء على الزوج الذى أخل بواجباته الزوجية أو أدى إلى استحكام النفور والفرقة فإنه لامحل لإعمال حكم هذه المادة متى كانت الفرقة أو واقعة الهجر المنسوبة لأحد الزوجين [illegible]ها الى اخلال الزوج طالب التطليق بواجباته الجوهرية • طعن رقم ٣٠ سنة ٤٨ ق [illegible] ١٩٧٥/٢ •

على قصد الإعنات وظهر أنه عازف عن بقاء رابطة الزوجية غير راغب فى استمرارها ٠

وحكم أيضاً بأنه " لايجوز أن يطلب التطليق سوى الزوج الذى أضير من سوء سلوك الزوج الآخر وفساد اخلاقه وانغماسه فى حمأة الرذيلة ، وليس ذلك المتسبب فى النزاع حتى لايستفيد مما أثم ٠ فالزوج بإمتناعه عن الانفاق على زوجته وابنته منذ الأيام الأولى من الزواج ، وبعزوفة عن الاقامة معهما رغم تمسك الزوجة بذلك فمهما استطالت مدة الفرقة فإنه وحدة المتسبب فى ذلك " ٠

وعلى العكس إذا كانت الزوجة " هى التى تسببت فى تصدع الحياة الزوجية اذ تبرمت بزوجها منذ أن ضاقت حالته المالية وتركته أكثر من مرة للإشتغال بمنطقة القنال على غير رغبة منه ولم تجد معها توسلاته بطلب العودة إليه ، ولايجوز بحال وهذا موقفها أن تستفيد من خطئها ٠

ويحكم القضاء بالتطليق إذا كانت استحالة الحياة الزوجية ناجمة عن الخطأ المشترك للزوجين ٠ لتحقق ذات السبب وهو تصدع الحياة الزوجية بما لايستطاع معه دوام العشرة[١] ٠

---

(١) ان استحكام النفور بين الزوجين الذى يجيز الحكم بالتطليق ، يجب أن يكون نتيجة اساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو اخلاله بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً ، بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة ، على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق حتى لايستفيد من خطئه ، فإذا كان الخطأ راجعاً إلى كل من الزوجين واستحالت الحياة بينهما ، فإنه يجوز التطليق فى هذه الحالة أيضاً لتحقق ذات السبب وهو تصدع الحياة الزوجية بما لايستطاع معه دوام العشرة ٠ نقض ١٩٧٢/٥/١٠ س ٢٢ ص ٨٤٣ ٠ طعن ٦٤٥س ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٦/٢٢.

تجيز المادة ٥٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً أدى إلى إستحكام النفور بينهما ، وانتهى الأمر بافتراقهما ثلاث سنين متواليه ؛ على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق حتى لايستفيد من خطه ٠ نقض ١٩٧٢/٥/٢٤ س ٢٢ص ١٠٠٢ ٠ =

فقد قضى بأن مسئولية الزوجة ليست بأقل من مسئولية الزوج ، بل هى أشد منها وأخطر ، فى البادئة بإثارة زوجها وهى التى دفعته إلى ما ارتكبه من إثم فى حقها وحق ذويها ، ومن ثم كان من المتعين تعديل الحكم المستأنف وجعل التطليق بخطـــأ الزوجيـــن معـــا وبتحميلـــهما مصروفات الدعوى مناصفة بينهما•

وقضى " بأن الزوج اعترف أمام هذه المحكمة بأنه هو الذى هجـــر منزل الزوجية وعزا ذلك إلى طباعة الشخصية وعـــدم قدرتـــه علـــى مسايرة طباع زوجته • ولعل فى مصدر علاقة الزوجية مايبرر هـــذا القصور فقد أرغمت الزوجة على قبوله زوجا فكان من الطبيعى وبينهما من اختلاف الطباع والمشارب ما تكشفت عنه الحياة المشتركة أن يسود التوتر بينهما ، وكان من المتعين على الزوج فى هذه الحالة أن يعـــالج الأمر بالآناة والرفق حتى يكتسب بالثقة والمحبة ما فقـــــده بالإرغـــام والإقحام ، ولكنه عوضا عن ذلك هجر منزل الزوجية وطالت الفرقـــة ثلاث سنوات وقد أخل الزوج بتصرفه هذا بواجباته نحو الزوجة اخلالا جسيما الأمر الذى يبرر طلب التطليق المقدم مـــن الزوجـــة علـــى أن المحكمة ترى أنها قد أسهمت بنصيب وان كان يسيرا لايبلـــغ جســـامة مسئولية الزوج فى تصدع الحياة الزوجية ولذا تشركها المحكمـــة فـــى المصروفات بقدر الثلث "•

= للزوجة التمسك بالإقامة فى مسكن مستقل. م١٤٩ من لائحة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨. قعود الزوج طالب التطليق عن إعداده ورفضها الإقامة مع أهله لاستفحال النزاع بينهما. الحكم بالتطليق لاستحكام النفور والفرقة. خطأ وفساد فى الاستدلال. (الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٧ قضائية ــ أحوال شخصية ــ جلسة ١٩٩٨/٦/٢٢).

التطليق للضرر والشقاق بين الزوجين فى الشريعة الإسلامية:

الأحكام السابق عرضها المتعلقة بالتطليق فـــى حـــالتى الإعتـــداء والفرقة فى الشريعة الأرثوذكسية لاتخرج عن نظيرتها الخاصة بالتطليق للضرر والشقاق بين الزوجين المعروفة فى الشريعة الإسلامية . غايـــة الأمر أن إعمال تلك الأحكام يكون بالنسبة للمرأة التى لاتملك الطـــلاق بالإرادة المنفردة ، أما فى الشريعة الطائفية فالأمر يتعلق بالنسبة للرجل والمرأة .

وقد عبر قانون الأحوال الشخصية المعـــدل بالقـــانون ١٠٠ لســـنة ١٩٨٥ فى مادته السادسة عن ذلك بقوله : " إذا أدعت الزوجة اضـــرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجـــوز لـــها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلق القاضى طلقة بائنـــة إذا ثبـــت الضرر .. وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمان على الوجه المبين فـــى القانون .

وهذا الحكم مأخوذ عن مذهب الإمام مالك الـــذى يبيـــح التطليـــق للضرر وسوء العشرة ، ومن هذا القبيل هجر الزوجة والإعراض عنـــها من غير مبرر شرعى ، والضرب المؤلم أو الشتم أو السب ، ودفعـــها إلى الفعل المحرم وغير ذلك من الصور .

ويوجب القانون على القاضى محاولة الإصلاح بين الزوجين ، فـــإذا عجز عن ذلك وثبت الضرر حكم بالتطليق . ويقع عبء اثبات الضرر وسوء المعاشرة على الزوجة . وإن عجزت الزوجة عن اثبـــات ذلـــك رفض القاضى الدعوى . فإذا عادت وكررت دعواها وعجـــزت عـــن الإثبات مرة أخى وجب اتباع إجراءات التحكيم التى بينها القانون .

وتتمثل فى تعيين حكمين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما . ويشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وإنتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر ، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين أن يقوم بمهمته بعدل وأمانة . ويجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لاتزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة . ولايؤثر فى عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره .

وإذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١ - فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ - إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ - وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ - وأن جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان التطليق دون بدل .

وعلى الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال

وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين • وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات ، وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما ، وأصرت الزوجة علي الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك مقتض•

والأحكام السابقة وإن كانت خاصة بالمسلمين ، إلا أنها ولاشك تتفق مع ماجاء بالشرائع الطائفية حيث توجب محاولة التوفيق والإصلاح بين الزوجين • وتساير ماكان عليه العمل فى القضاء فى هذا الصدد • وبالتالى فإن القضاء سيطبقها خاصة وأنها قد نظمت الموضوع بنصوص اجرائية تسرى على الكافة •

الفرع الخامس

الحكم على أحد الزوجين بعقوبة سالبة للحرية

يعتبر الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية سببا للتطليق ، بشروط معينة ، عند الطوائف الأرثوذكسية •

وينطوى ذلك السبب على الجانبين العلاجى والجزائى فى نفس الوقت ، فالتطليق يجنب الزوج البرئ الأضرار التى تحل به من جراء بعد زوجه عنه مدة قد لايحتملها ، هذا بالإضافة إلى الخلاص من علاقة زوجية لاتحقق الأهداف المرجوة منها • إلا أن التطليق يتضمن كذلك وجها جزائيا للزوج الذى ارتكب مثل هذه الجريمة وما يمكن أن تحمل من اساءة للزوج البرئ •

وتنص المادة ٥١ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس على أن " الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع

سنوات فأكثر ، يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق" • وتقترب نصوص الطوائف الأخرى من نفس المعنى مع اختلاف فى بعض التفصيلات المتعلقة بالتطبيق والتى ستتضح لنا من خلال استعراض شروط أعمال ذلك السبب للتطليق •

١ - الحكم على أحد الزوجين نهائيا بعقوبة سالبة للحرية • فلا بد من صدور الحكم الجنائى فعلا ، ولايكفى مايسبقه من مراحل اجرائية كالقبض على المتهم وحبسه احتياطيا واعتقاله وإجراءات الاستدلال والتحقيق والمحاكمة •

ولايكفى مجرد صدور الحكم بل يلزم أن يكون نهائيا ، أى غير قابل للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن كالمعارضة أو الإستئناف أو النقض • لذلك ينبغى أن يكون الحكم حضوريا لأن الأحكام الغيابية تعتبر غير نهائية فى الجنايات وتسقط بالقبض على المتهم لتعاد المحاكمة من جديد ما لم تكن العقوبة قد سقطت بمضى المدة • وإذا كان الحكم عسكريا ، فإنه ينبغى انتظار التصديق عليه أو الفصل فى التظلم المقدم فيه •

ويكون الحكم بعقوبة مقيدة للحرية ، كالأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس • أما ان كان الحكم صادرا بالغرامة أو الجزاءات التأديبية أو التدابير البوليسية فإنه لايكون سببا للتطليق • ويجدر الإشارة إلى أن شريعة الروم تستلزم أن يكون الحكم صادرا بالأشغال الشاقة المؤبدة •

٢ - ينبغى أن يكون الحكم السالب للحرية بمدة معينة ، هى سبع سنوات على الأقل • وان كان الأرمن يكتفون بمدة ثلاث سنوات ، وهذا هو الحكم بالنسبة للمسلمين ، إذ يجوز للزوجة طلب اللتطليق للضرر إذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر •

٣ - يجب أن يكون الحكم صادرا بعد الزواج ، ولايهم كون الأفعال قد ارتكبت بعد الزواج أو قبله ، لأن النص يتكلم عن إدانة أحد الزوجين٠

٤ - لايؤثر العفو عن العقوبة فى حق الزوج فى طلب التطليق فى القانون الفرنسى لأن ذلك لايمنع قيام الإدانة ، ونفس الحكم بالنسبة لوقف التنفيذ ، أما ان كنا بصدد عفو عن الجريمة أورد الإعتبار ، فإن القاضى يقدر عما إذا كان الفعل محل البحث يدخل تحت السبب العام لطلب التطليق أى الإخلال الجسيم للواجبات الزوجية أم لا ، حتى يحكم بالتطليق ٠ فتلك النظرة فى القانون الفرنسى تأخذ فى الإعتبار الجانب الجزائى للتطليق فى هذه الحالة ، بمعنى تمكين الزوج البرئ من عدم التلوث بمعاشرة زوج آثم٠

إلا أنه نظرا لغلبة الجانب العلاجى لدى الشرائع الطائفية أى رفع الضرر عن الزوج بسبب طول غيبة زوجه ، فإن الفقه يرى أنه لايعتد بالتطليق إذا كان هناك عفو أو سقوط للجريمة أو العقوبة أو وقف تنفيذ العقوبة ، المهم ألا ينفذ المتهم عقوبة مقيدة للحرية لمدة سبع أو ثلاث سنوات على حسب الأحوال ٠ ونفس الحكم إذا ما كان الزوج قد قضى العقوبة ، فلا يحق للزوج الآخر طلب التطليق بعد ذلك لذات السبب ٠

ولكن للزوج أن يطلب التطليق بمجرد توافر الشروط السابقة أى بمجرد صيرورة الحكم نهائيا ، ولايملك القاضى سلطة تقديرية فى هذا الشأن إذ ينبغى عليه الحكم بالتطليق طالما تيقن من قيام الشروط المذكورة٠

٥ - يشترط القضاء الفرنسى ألا يكون الزوج شريكا فى نفس الجريمة، [illegible] يكون قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ٠ أما إن كان الزوج عالما [illegible] ، جه [illegible] له فقط فإن القضاء منقسم ، والراجح هو أن الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضى وخاصة على ضوء الصياغة العامة

للقانون الجديد •

الفرع السادس

الغيبـــــــة

تجمع الطوائف الأرثوذكسية على الأخذ بالغيبة كسبب من أســـباب التطليق ، مع تفاوت بينها فى شروط تطبيق أحكامه •

وبادئ ذى بدء ينبغى التفرقة بين ما إذا كان الغائب مفقوداً أم غـــير مفقود •

(أ) فإذا كان الغائب مفقوداً ، أى غاب غيبة منقطعة لاتعرف فيــها حياته من مماته، فهنا تطبق الأحكام الخاصة بالمفقود الواردة بالقـــانون المدنى • وتلك الأحكام تطبق على جميع المصريين بصرف النظر عن ديانتهم • وقد تعرضنا لها بصدد دراستنا للوفاء كسبب لإنحلال الرابطة الزوجية •

وتتلخص تلك الأحكام بمكنة استصدار حكماً من القضـــاء بإعتبـــار المفقود ميتاً وإنحلال الزواج بالتالى بقوة القانون للوفاة الحكمية • فـــإذا كان الشخص مفقوداً فى حادث طائرة أو غرق سفينة أو حرب أعتـــبر ميتاً بعد مضى سنة واحدة من تاريخ فقده بعد صدور قرار بذلك • وإذا فقد الشخص فى ظروف أخرى يغلب عليها الهلاك ، حكم بوفاته بعـــد أربع سنين من تاريخ الفقد ، أو صدور قرار من وزير الحربية بذلك إذا كان من العسكريين • أما إن كان الشخص مفقوداً فى ظروف لايغلـــب عليها الهلاك ترك أمر المدة التى يحكم بعدها بالوفـــاة للقـــاضى بعـــد التحرى عن الشخص بجميع الطرق الممكنة •

(ب) أما الغيبة التى تتأكد معها حياة الغـــائب ، أو الغيبـــة فـــى

ظروف لايغلب عليها الهلاك وبالتالى رفض القاضى الحكم بإعتبار المفقود ميتا ، فهنا يمكن تطبيق أحكام الشرائع الطائفية فى هذا الصدد وتفرق تلك الأحكام بين فرضين :

الفرض الأول : إذا كان الشخص لاتعلم حياته من مماته ، وهنا رأينا مكنة استصدار حكم القاضى بالوفاة الحكمية . إلا أنه ما العمل إذا رفض القاضى مثل هذا الحكم لرؤيته أن الوفاة غير محققة أو أن مدة الغياب غير كافية ؟

يمكن تطبيق الشرائع الطائفية التى تجمع على إمكان طلب التطليق مع اختلاف فى شروط ذلك .

فتنص مجموعة الأقباط الأرثوذكس على أنه إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لايعلم مقره ولاتعلم حياته من وفاته وصدر حكم بإثبات غيبته ، جاز للزوج الآخر أن يطلب التطليق .

أما عن حكم الخلاصة القانونية الذى أخذت به مجموعة السريان فيتمثل فى أنه إذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره بحيث لايعلم مقره ولاحياته من عدمها واستمر أمره كذلك مجهولا من خمس إلى سبع سنوات ولم يحتمل قرينة الانتظار أكثر من ذلك ويرغب بعد مضى هذه المدة فى التصريح له بالزواج ، يجاب إلى ذلك بشرط أن يتحقق الرئيس الشرعى من الشروط السابقة .

وتنص مجموعتى الأرمن والروم على جواز التطليق إذا اختفى أو غاب أحد الزوجين بدون مبرر مدة لاتقل عن ثلاث سنوات .

ويتضح من تلك النصوص أنه يلزم للتطليق للغيبة فى هذه الحالة ، عدم التيقن من حياة الشخص أو مماته ، مرور مدة معينة هى ثلاث سنوات عند الروم والأرمن ، وخمس سنوات على الأقل عند السريان

والأقباط وتستلزم شريعة الأقباط ، صدور حكم بإثبات الغيبة ، وهذا الحكم للتثبت من الغيبة يختلف عن الحكم بالفقد الذى يترتب عليه الوفلة الحكمية كما رأينا من قبل • ونرى أن الحكم بالغيبة يصدره القاضى الذى ينظر طلب التطليق ، لأن الفصل فى هذا الطلب يقتضى بداءة التيقن من غيبة الشخص وتوافر الشروط السابقة •

الفرض الثانى : حالة غيبة الشخص الذى تعلم حياته • لم تنص مجموعة الأقباط على حكم هذه الحالة ، وذهب البعض من فقه هذه الطائفة إلى رفض الحكم بالتطليق فى هذا الفرض •

إلا أن الإتجاه الآخر الذى عبرت عنه الخلاصة القانونية وقننته مجموعة السريان تبعها " أما إن كانت حياة الغائب أو الأسير محققة غير مشكوك فيها ومقره معلوماً فلا يفسخ الزواج اللهم إلا أن طالت المدة أعنى تجاوزت سبع سنوات أو ثبت أن الغائب قد تزوج أو كان الغائب هو الرجل ولم يبعث لأمرأته نفقة كل هذه المدة ، وتشكى الفريق الأخر من ذلك •

ونرى مع الفقه مكنة الحكم بالتطليق على أساس تضرر الزوج من غياب الزوج الآخر تلك المدة (سبع سنوات عند الأقباط الأرثوذكس والسريان ، ثلاث سنوات عند الروم والأرمن) طالما أن تلك الغيبة لايبررها عذر مقبول ، وتنطوى على عدم الإكتراث واللامبالاة • ويثبت ذلك بصورة واضحة إذا ما تزوج بشخص آخر أو امتنع إن ارسال النفقة لزوجته •

ويقضى حكم الأحوال الشخصية الخاص بالمسلمين بأنه إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب الى القاضى تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه •

الفرع السابع

الرهبنـــــــــة

تكلمنا عن الرهبنة كمانع من موانع الزواج ، وهى تعد أيضاً ســـبباً للتطليق نص عليه صراحة عنـــد الأقبـــاط والســـريان الأرثوذكـــس • ويعترف القانون بنظام الرهبنة ويرتب عليه مايرتبط به من آثار لعـــدم تعارضه مع النظام العام •

وتنص مجموعة الأقباط على أنـــه " يجـــوز الطـــلاق إذا ترهبـــن الزوجان أو ترهبن أحدهما برضاء الأخر " • من هذا النص يتضح أنـــه يلزم ترهبن أحد الزوجين ، وفى مثل الحالة لابد من رضــــاء الـــزوج الآخر بذلك • أما أن كان الترهبن من قبل الزوجين معا ، فـــلا تقـــوم مشكلة • ولايكفى مجرد إدعاء الرهبنة ، بل يلزم أن يتم ذلـــك طبقـــا للشروط والأوضاع التى تتطلبها الجهة الدينية • أى ينبغـــى أن يكـــون الدخول فى الرهبنة قد تم صحيحا حتى يحكم القاضى بالتطليق • وهـــو يرجع فى هذا الصدد الى رأى الجهة الدينية المختصـــة • وقـــد حكـــم برفض التطليق بسبب عدم إنتماء طالبة الرهبنة إلى المذهب التابع لـــه الدين الذى دخلت فيه •

الفرع الثامن

أسباب أخرى للتطليق

لدى بعض الطوائف الأرثوذكسية

أولاً : الروم الأرثوذكس :

١ - الزيجة الثانية :

رأينا أن الزواج الثانى يعتبر باطلاً فى الشريعة المسيحية ، ويعتبر فى حكم بالزنا ، إلا أن شريعة الروم لم تكتف بذلك بل اعتبرته سبباً لطلب التطليق ، بنصها على أن " لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لسبب زنا الآخر أو إقدامه على عقد زيجة أخرى ، ولاتقبل دعوى الزوج الذى وافق على الزنا أو على عقد قرينة زيجة ثانية " . ونحيل لدراستنا السابقة بصدد إعتبار الزنا سببا للتطليق .

٢ - زوال البكارة :

للزوج الذى يتزوج من بكر أن يطلب التطليق إذا لم يجدها بكرا يوم زواجه ، وفى هذه الحالة يلزمه أن يعلن الأمر حالا للسلطة الكنسية العليا بجهته ، وأن يقوم بإثباتها " . ويسقط حق الزوج إذا صفح عن زوجته ، ولاتقبل الدعوى بمرور عام من تاريخ العلم بسبب التطليق .

٣ - الإجهاض :

للزوج أن يطلب التطليق إذا كانت الزوجة تطرح بإرادتها حملها منه . ويسقط حق الزوج بالأسباب السابقة .

٤ - الهجر المتعمد :

لكل من الزوجين أن يطلب التطليق إذا تركه الآخر عن قصد سيئ

مدة ثلاث سنوات " • وهذه الحالة لاتعتبر سببا مستقلا فى حقيقة الأمر لدخولها أما تحت حالة تصدع الحياة الزوجية وإما حالة الغيبة •

ثانيا : الأرمن الأرثوذكس :

١ - العمل على البقاء فى حالة العقم :

يقضى بالطلاق إذا عمل أحد الزوجين على البقاء فى حالة عقم ، وعلى الأخص عند اتخاذ وسائل للإجهاض •

٢ - الإخلال بالإلتزام بالمساكنة :

يجوز طلب التطليق إذ أبى أحد الزوجين الإختلاط الزوجى " • وكذلك إذا رفض أحد الزوجين الإتصال الجنسى لغير مانع شرعي ما لم يكن هذا الرفض ناشئا عن سلوك الزوج الآخر • ونفس الحكم إذا رفض أحد الزوجين معاشرة الآخر بغير مبرر ، أو إذا قصر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحياة التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الأخر •

٣ - الإضرار بأموال الزوج الآخر :

يجوز طلب التطليق إذا أضر أحد الزوجين بالمصالح المالية للزوج الآخر ضررا بليغا بسوء قصد[1] •

---

(١)تنص المادة ٤٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على أنه " يقضى أيضا بالطلاق إذ قصر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر " •وتنص المادة ٥٢ على أنه " كذلك يجوز الحكم بالطلاق إذ وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما فى المعيشة مستحيلا " ومفاد النص الأول أنه يجوز الحكم بالطلاق لتقصير أحد الزوجين فى تقديم المعونة والحماية للزوج الآخر ، ويجيز النص الثانى القضاء بالطلاق إذا استحكم النفور بين الزوجين بصورة يستحيل معها إمكان التوفيق بينهما •

" تنص المادة ٦٠ من مجموعة الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكسية على أنه " إذا رفع طلب الطلاق لأى سبب كان ، عدا السبب المنصوص عليه فى المادة ٣٩ فللمحكمة ألا تحكم مباشرة به ولو كان الطلب على حق ، وفى هذه الحالة تأمر بإنفصال =

حجية الأحكام الصادرة برفض دعوى التطليق :

أستقر القضاء على أن الأحكام الصادرة برفض التطليق ليست بأنه فى الخصومة على وجه حاسم ، فهى لاتحوز حجية الأمر المقضى به فى حالة ما إذا تغيرت الظروف أو طرأت وقائع جديدة تبرر العدول عن الحكم السابق • ويجب أن تكون تلك الوقائع والظروف منتجة بمعنى أن تكون مؤثرة فى السبب الذى من أجله رفض التطليق ، بحيث لو كانت الوقائع أو الأسباب موجودة قبل صدور الحكم القاضى برفض التطليق لكان الحكم هو التطليق وإلا فلا يجوز العدول عن الحكم السابق•

فإذا كان الحكم الصادر بالتطليق يحوز حجية الشئ المقضى به ، فإن الحكم برفض التطليق يحوز حجية نسبية • فمادام لم تطرأ ظروف ووقائع لاحقة على الحكم تجعل الطلاق مقبولا بعد أن كان مرفوضا يظل الحكم بحجيته ، وإذا طرأت هذه الظروف انتفت عن هذا الحكم حجيته•

فالحكم الصادر برفض دعوى التطليق لعدم استمرار الفرقة لمدة ثلاث سنوات متوالية لايمنع من أن ترفع دعوى جديدة بالتطليق حين استكمال تلك المدة •

وقضى بأن رفض دعوى التطليق لإستحكام النفور المقامة من أحد الزوجين لثبوت أن الفرقة حدثت بسبب من جانبه ، لايحول دون حقه فى اقامة دعوى جديدة متى امتدت الفرقة ثلاث سنوات أخرى وأثبت أن

= الزوجين ، أو تبقى هذا الإجراء إذا كان سبق لها إتخاذه ، وذلك لمدة لاتزيد على سنة ، ويتعين على المحكمة أن تأمر بانفصال الزوجين لمدة سنة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٥٢ • فإذا انقضى الأجل الذى حددته المحكمة دون أن يتصالح الزوجان ، كان لكل منهما أن يعلن الآخر بالحضور إلى المحكمة لسماع الحكم بالطلاق • لما كان ذلك ، فإنه لا وجه للأمر بإنفصال الزوجين لمدة سنة ، كمحاولة للتوفيق طبقا لما نصت عليه هذه المادة إذا رفضت المحكمة طلب الطلاق • نقض ١٩٧٢/١٢/٢٧ س ٢٣ ص ١٩٧٢ •

زوجه هو المتسبب فى هذا الإمتداد[1] .

أما إذا كانت الأسباب تعتبر تكرارا لذات الأسباب الأولى فلا محل لإهدار حجية الحكم السابق برفض التطليق الذى قام على أساس عجز الزوج عن اقامة الدعوى على خطأ الزوجة أو بتسببها فى الفرقة .

خاتمة

أسباب لاتجيز التطليق فى الشريعة المسيحية

من المقرر – كما رأينا – أن التطليق فى الشريعة المسيحية يعد استثناء من مبدأ أبدية الزواج ، لذا فأسبابه واردة على سبيل الحصر . وقد بينا هذه الأسباب فيما سبق وأشرنا بمناسبتها إلى الحالات المشابهة التى يمكن أن تثير الملبس ولاتكون أسبابا للتطليق . إلا أننا نفضل أن نورد تلك الأسباب على استقلال ، نظرا لأهميتها العملية ، وكما أوردها القضاء فى أحكام عديدة .

أولا : الطلاق بالإرادة المنفردة أو الإتفاق على التطليق :

فقد استقر القضاء على أن الشريعة المسيحية لاتعرف الطلاق كحق للزوج أو لأحد الزوجين يوقعه بمشيئته وإرادته المنفردة بقوله لها أنت طالق منى . فالزواج من الأسرار الكنسية ولايمكن حله إلا لأسباب بعينها ، ويطلب من جهة القضاء ، ولايكون قط مشيئة لأحد الزوجين أو كليهما .

وحكم بأن إرادة الزوجين فى الشريعة المسيحية – بمذاهبها جميعا – لا أثر لها فى إنهاء عقد الزواج ، ذلك أن تلك الشريعة لاتعرف الطلاق بوصفه مشئية لأحد الزوجين أو لكليهما ، فالزواج لدى المسيحين نظام قانونى وليس عقدا وأن القواعد التى يتكون منها هذا النظام تعتبر عندهم

(١) نقض ١٩٨١/١٢/١٤ س ٣٢ ج ٢ ص ٢٣٠٩ .

من القواعد الآمرة التى لايملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها • فمهما يكن بشأن اتفاق الطرفين على الإنفصال فإن هذا الإتفاق لا أثر له في فصم رباط لا ينفصم بإرادة الطرفين " •

ثانيا : العقم :

حكم بأنه لاخلاف فى المذاهب المسيحية جميعا أنّ عقم المرأة أو الرجل ليس سببا من أسباب بطلان الزواج ، وقد نص في بعض القوانين الكنسية على ذلك صراحة ، ولم ينص عليها البعض الآخر استنادا إلى أن أسباب التطليق محصورة •

وقضت محكمة النقض بأن العقم طالما كان مستقلا بذاته لايعتبر سببا للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس لأن قواعدها لم تنص عليه من بين أسبابه واكتفت بذكر الموانع التى تحول دون الإتصال الجنسى ، مما مفاده أنه لايمكن الربط بين التطليق وبين عدم تحقيق الغاية من الزواج ، وأن أساس طلب التطليق يرجع إلى عقم المرأة الذى لايد لها فيه وأنه ليس من خطأ مرده إليها[1] •

---

(١) العقم ليس سببا للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس والتى أوردت وعلى سبيل الحصر تلك الأسباب فى مجموعة سنة ١٩٣٨ فلا يجوز الخروج عنها أو التوسع فيها مراعاة لروح الشريعة المسيحية والأصل فيها عدم التطليق ومن ثم تكون الفرقة بين الزوجين قد انبعثت اصلا بفعل الزوج الذى كره زوجته لعدم الإنجاب وهو راغب فيه ثم استطالت تلك الفرقة بسبب الكراهية لزوجته ، تلك التى أبدت فى جميع مراحل التقاضى استعدادها للعودة إلى منزل الزوجية متى أراد زوجها ذلك • فإن الزوج فى هذه الحالة لاريب لايفيد من طول الفرقة للتذرع بها كسبب من أسباب التطليق أصيل ، متخذا من طلب الطلاق وهو عقم الزوجة وعدم الإنجاب مع أن الذرية هبة من الله يمنحها من يشاء• وإلا كان بيد كل من الزوجين أن يخلق سببا للفرقة ويطيل مداها أكثر من ثلاث سنوات ويحقق بفعله سبب التطليق الأمر الذى لاتقره شريعة الأقباط الأرثوذكس التى تعتبر الزواج نظاما لاعقدا فضلا عن أنه يشترط للتطليق للفرقة ألا يكون طالب الطلاق قد ساهم بخطئه فى هذه الفرقة على أساس أن من يعمد من الزوجين إلى اصطناع اسباب الخلاف رغبة فى التحلل من رابطة الزوجية يتعين أن يرد عليه قصده السيئ إذا لايجوز للمسئ أن يفيد مما أثم •• فإن هذا الذى قرره الحكم لامخالفة فيه للقانون ، لأنه حصل بما له من سلطة فهم الواقع فى الدعوى وفى حدود سلطته التقديرية ، أن أساس طلب التطليق يرجع الى عقم المطعون عليها وأن الفرقة بينها وبين زوجها الطاعن نجمت عن=

ثالثا : تفاوت السن :

حكم بأن القول بوجود تفاوت كبير فى السن بين الزوجين مـــردود بأن قواعد الأحوال الشخصية ، للطوائف المسيحية ، وهى القواعد التـى جرت عليها سلطاتها الدينية ، قد حددت سنا أدنى لايصح الزواج قبـل بلوغه ولكنها لم تنص على حد أعلى لسن الزواج ، فيجوز للمـــرأة أو للرجل أن يتزوجا مهما تقدم بـهما السـن ، والشـرع لـدى الأقبـاط والأرثوذكس (وغيرهم من الطوائف) يأخذ بمبدأ التحديـد القـانونى لأسباب الطلاق ولا يعتبر التفاوت فى السن بين الزوجين سببا لفصـم رابطة الزوجية ٠

رابعا : الإعســار :

أن الزوجية عقد هدفه الأسمى التعاون على عاديات الزمن ومجابهة الحياة الأمر الذى لايقبل معه من الزوجة أن تطلب التحلل من الزوجيـة لإعسار الزوج الذى قد يكون طارئا محتملا زواله ٠

وحكم أيضا بوجوب انفاق الزوج على زوجته بقدر طاقته وتوفـير مايلزم للقيام بأود الشخص فى حالة الإحتجاج من طعام وكسوة ومسـكن وإذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجتـه حكمـت عليـه المحكمـة المختصة بالنفقة المناسبة ، ومن ثم فـإن الإعسـار أو عـدم الإنفـاق لايعتبران من الأسباب المبررة للتطليق ٠

وإن كانت نفس المحكمة قد ذهبت فى حكم آخر بأن النفقـة علـى الزوجة تلزم الزوج ، والتقصير فى النفقة والعجز عن النفقـة يكـون إخلالا بواجبات الزوج ٠ ومن ثم فإنه يكون من حق الزوجة أن تطلب

= هذا السبب الذى لايد لها فيه ، وأنه ليس هناك من خطأ مرده إليها الذى ينتفـى معـه اشتراك الزوجين فى الخطأ ولايعدو مايثيره الطاعن أن يكون مجادلة فى سلطة محكمـة الموضوع فى تقدير الدليل لاتجوز٠ نقض ١٩٧٦/٧/١٠ س ٢٧ ص ١٥٧٤ ٠

الانفصال الجسمانى حسب شريعة الكاثوليك •

خامسا : المنازعات القضائية بين الزوجين :

جرى القضاء على أن قيام منازعات قضائية بين الزوجين لايصلح بذاته سببا للتطليق فى الشريعة المسيحية حيث تأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق ، ولايعتبر هذا سببا لفصم الرابطة الزوجية • مالم ينطوى الأمر على تصدع فى الحياة الزوجية كما عرضنا من قبل •

" فإذا أسس طلب التطليق من الزوج على الإستمرار فى المنازعات بين الزوجين أمام المحاكم والجهات الإدارية فلا لوم على الزوجة إذ استبان أن الدعاوى قد رفعت من الزوج ، وكانت تقف موقف الدفاع عن نفسها وأحيانا تلجأ إلى استئناف الأحكام التى تصدر ضد مصلحتها• إذ ليس للزوج أن يفيد بآثمة أو أن يخلق بفعله أسبابا جديدة للطلاق بإصراره على رفع الدعاوى الفاشلة التى انتهت جميعها لمصلحة الزوجة " •

" أن ما رفعته الزوجة من دعاوى نفقة وحبس لايمكن اعتباره من قبيل الخطأ أو من قبيل التنكيل أو الإخلال بالواجبات المفروضة عليها ونحو ذلك ، لأن رفع الزوجة هذه الدعاوى يعد استعمالا منها لحقها ، وهى أمور شرعت لها لتتلافى بها ، مطل زوجها فى الإنفاق عليها ، كما أنها لاتضار بتصرفات والدتها التى يقول عنها المدعى ، فتراشق والدة الزوجة مع المدعى بالألفاظ والإعتداءات لايمكن أن تؤخذ الأخيرة بجريرته •

" وأن القول بأن الزوجة لم تحفظ غيبة زوجها فى ماله فإنه لم يقم دليل تستطيع المحكمة الأخذ به على صحة هذا الإدعاء ، على أن مجرد

إتهام الزوج لزوجته بأنها اختلست بعض منقولاته لا ينهض فى حد ذاته سبباً يجيز التطليق ٠

ونفس الحكم فى حالة اتهام الزوجة لزوجها " والتجائها للجهات المختصة لمطالبته بمنقولاتها ليس فيه عدوان عليه أو إيذاء لشعوره وكرامته لأنه الأمين على زوجته وما كان يحق له أن يلجأ الى مثل هذه الحيلة لتخليص منقولات زوجته والتى تعيش فى كنفه٠

ولايقبل طلب التطليق حتى لو عجزت الزوجة عن إثبات الوقائع المبلغ عنها وقضى ببراءة الزوج نتيجة لذلك ٠

سادساً : الزواج من مطلقة :

قضى كذلك بأن الشريعة المسيحية تأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب التطليق ، وليس من بين تلك الأسباب الزواج من مطلقة ٠

المطلب الثالث
آثار إنحلال الزواج

(أ) انقضاء الرابطة الزوجية:

بإنحلال الرابطة الزوجية تزول حقوق كل من الزوجين وواجباته قبل الآخر ولايرث أحدهما الآخر عند موته ٠ ويستطيع كل من الزوجين الدخول فى رابطة زوجية جديدة ٠[١]

---

(١)لا تنفذ الأحكام الصادر بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض، فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن.
وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يجوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه، وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن. وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل فى الموضوع (م ٦٣ من القانون ١/٢٠٠٠).

(ب) مراعاة العدة:

إلا أنه ينبغى **مراعاة فترة العدة** التى توجبها الشريعة الإسـلامية لتعلقها بالنظام العام ، ويجب تطبيق أحكام تلك الشريعة المتعلقة **بنفقة العدة** فى هذا الصدد لخلو الشرائع الطائفية من نص على ذلك • فـهذه الشرائع تجيز للمحكمـة الحكم بالنفقـة أو التعويـض علـى أى مـن الزوجين للآخر ، دون تحديد لمدة معينة أو طرف معين •

فالنفقة مرتبطة بالعدة فى الشريعة الإسلامية ، وتستحق للمرأة رغم إنحلال الزواج نظير ماتلتزم به من البقاء بلا زواج حتى يتـأكد خلـو رحمها من جنين من مطلقها ولو كان الطلاق لسبب قهرى ، بل ولـو كان بسبب خطأ المرأة ، فوجوب النفقة مرتبط بوجوب العدة نفسـها ، ويستمر طوال مدتها •

(ج) جواز التعويض والمتعة:

ولكن **هل يمكن الحكم بالتعويض** لأى من الزوجين بمناسبة إنحـلال الزواج ؟

يمكن الحكم بالتعويض فى حالة بطلان الزواج • ويقرر القضاء أن العقد الباطل وان كان لاينتج أثراً ولايصلح سبباً للحكم بـالتعويض ، إلا أن الدعوى تقوم على أساس الخطأ الذى يرتكبه أحد الزوجبن بإقدامـه على زواج باطل وإحداث الضرر بالزوج الآخر وهو عـالم بذلـك • فالحكم بالتعويض ليس بناءاً على العقد الباطل وإنما استناداً إلى الخطـأ الذى يرتكبه الزوج أى تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية •

مثال ذلك إقدام الزوج على الزواج وهو عالم بقيام العجز الجنسـى لديه ، فهو بهذا قد ارتكب عملاً خاطئاً ، وتستحق المرأة تعويضاً مـع الحكم ببطلان الزواج ـ عن الأضرار الأدبية والحسية والمادية التـى

تلحق الزوجة نتيجة لما تتكبده من نفقات استلزمها إعداد هـــذا الـــزواج الفاشل طبقاً لما جرى عليه العرف ٠

ويمكن الحكم بالتعويض فى حالة التطليق ، حيث تجيز الشـــــرائع الطائفية الحكم بذلك لأى من الزوجين إذا كان انحلال الزواج راجعاً إلى خطأ الطرف الآخر ٠ والحكم بالتعويض هنا جوازى للقضاء ويخضـــع للقواعد العامة فى المسئولية المدنية ٠ ويمكن أن يكون فى صورة نفقـة شهرية للطرف البرئ أو يتمثل فى مبلغ من المال يقوم بدفعـــه الـــزوج المخطئ ٠

ويتفق نظام التطليق فى الشريعة المسيحية والحكم بالتعويض للزوج البرئ عما أصابه من ضرر بسبب التطليق الراجع إلى خطـــأ الـــزوج الآخر ، ومن ثم فالحكم بالتطليق يقترن بتحديد من يكون مسئولاً عنـــه بخطئه ، لذا يسهل الحكم بالتعويض للطرف البرئ عن الأضرار التـــى أصابته بسبب ذلك الخطأ ٠

أما فى الشريعة الإسلامية ، فإنه يصعب القول بالحكم بـــالتعويض بمجرد حصول الطلاق ، حيث لايلزم أسباب معينة للطلاق ، فهو حـق للرجل ولايمكن المطالبة بالتعويض إلا إذا كانت هناك أفعـــال مســتقلة تشكل خطأ بذاتـــها طبقـــاً لقواعـــد المســئولية المدنيـــة ، كالإهانـــات والإعتداءات وإتلاف المنقولات الى غير ذلك ٠

إلا أن قانون الأحوال الشخصية بعد تعديله بالقـــانون ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ نص فى المادة ١٨ مكرر على أن الزوجة المدخول بـــها فـــى زواج صحيـــح[١] إذا طلقـــها زوجـــها دون رضاهـــا ولابســـبب مـــن

---

(١) إذا قضى الحكم للمطعون ضدها بإستحقاقها للمتعة رغم اقرارها بأن الطاعن لم يدخـل بها واختلى بها خلوة صحيحة قبل الطلاق فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ٠ نقـــض ١٩٩٥/٩/٢٦ طعن ٢٣٢ س ٦١ ق ٠

قبلها[1]تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلقة يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط ٠

فالقانون بهذا النص وضع حكماً جديداً مقتضاه الزام الرجل بدفع مبلغ من المال لزوجته إذا استعمل حقه فى الطلاق طالما كان ذلك بغير رضا الزوجة وبغير سبب يرجع إليها ٠ هذا المبلغ وصفه المشرع بالمتعة وليس بالتعويض حتى يستحق ولو لم يكن هناك خطأ فى جانب

---

(١)تطليق القاضى لزوجة على زوجها كأنه طلقها الزوج بنفسه مما يستوى معه فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ٠

لجوء الزوجة الى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لترفع الضرر عنها بما لايتوافر به الرضا بالطلاق ٠ نقض ١٩٩٦/٣/٢٥ طعن ١٨٨ س ٦٢ ق ٠

إذا قضى الحكم برفض الدعوى على سند من أن لجوء الطاعنة الى القضاء بطلب تطليقها على المطعون ضده مفاده أن التطليق كان برضاها وأن المناط فى استحقاق المطلقة للمتعة أن يكون الطلاق قد وقع من الزوج لا من المحكمة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ٠

ذكر أن الشريعة الإسلامية قد قصرت الحق فى ايقاع الطلاق على الزوج دون غيره، فإذا طلق القاضى الزوجة على زوجها فإن فعله هذا ــ وفقاً لمذهب الحنفية ــ يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوى معه فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ، ولايغير من ذلك ماورد فى نص المادة (١٨) مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بإستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة " إذا طلقها زوجها " لأن هذه العبارة مقرر للوضع الشرعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى ، لما كان ذلك ، وكان لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عن نفسها بما لايتوافر به الرضا بالطلاق ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن لجوء الطاعنةالى القضاء بطلب تطليقها على المطعون ضده مفاده أن التطليق كان برضاها ، وأن المناط فى استحقاق المطلقة للمتعة أن يكون الطلاق قد وقع من الزوج لا من المحكمة ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه، على أن يكون مع النقض الإحالة دون بحث السبب الآخر من سببى الطعن ٠ نقض مدنى ــ طعن رقم ١٩٦ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٥/١٣ ٠

الزوج • ويقدره القاضى حسب كل حالة بشرط ألا يقل عن نفقة سنتين[1] •

ومن المقرر أن المتعة لا تعد من النفقات الواجبة للزوجة على زوجها، بل هى مجرد تعويض للزوجة إذا كان الطلاق من جانب الزوج، ومن ثم فالمتعة لا تأخذ حكم النفقة فى إمكانية حبس الزوج الممتنع عن سدادها الأمر الذى لا يجوز معه للمطلقة طلب حبس الزوج فى حالة امتناعه عن دفع المتعة لها.

ويذهب القضاء إلى الحكم بالتعويض إذا ثبت التعسف فى استعمال حق الطلاق ، فشأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء ، فإن تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض •

---

(١) تقدير المتعة من مسائل الواقع التى تستقل محكمة الموضوع بتقديرها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل • نقض ١٩٩٦/٣/٢٥ طعن ١٨٨ س ٦٢ ق •

الأحكام الصادرة بالنفقة ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل والزيادة والنقصان والإسقاط بسبب تغير الظروف والدواعى •

من المقرر — فى قضاء هذه المحكمة — أن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها ، إلا أن هذه الحجية تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير ، وذلك إعمالاً لقاعدة الإستصحاب المقررة فى أصول الفقه من استبقاء الحكم الثابت على ماكان إلى أن يوجد دليل يغيره أو يرفعه ، فالحكم بفرض قدر محدد من النفقة يعتبر مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرض النفقة ، وكانت المتعة وفقاً لنص المادة ١٨ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تقدر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، لما كان ذلك وكان الطاعن قد قدم لمحكمة الإستئناف الحكم النهائى القاضى للمطعون ضدها بنفقة زوجية مقدارها ثلاثون جنيهاً شهرياً ، وإذ لم يتقيد الحكم المطعون فيه فى تقديره للمتعة المقضى بها بالحكم المذكور دون أن يبين ما إذا كانت دواعى فرض النفقة بمقتضاه وظروف الحكم بها ، وحالة الطاعن المالية والعائلية قد تغيرت فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب ومخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة • طعن مدنى — طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥ •

ويجوز اتفاق الزوجين على شرط جزائى يتمثل فى دفع مبلغ من المال يستحقه أحدهما عند الطلاق • وهذا الشرط يعتبر صحيحاً ويخضع للقواعد العامة من حيث ضرورة وقوع الخطأ من الزوج الملتزم بدفعه وضرر للزوج الذى يطالب به ، هذا بالإضافة الى سلطة القاضى فى تعديله على ضوء العناصر السابقة • وتؤكد محكمة النقض ذلك بقولها : " أن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام • ولكن هذا التعهد ينتفى الإلتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل آتته هى اضطره إلى ذلك ، وهذا من الأمور الموضوعية التى تقررها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها •

تطبيقات قضائية :

* عقب الشقاق بين زوجين من الأقباط الأرثوذكس قام الزوج بإعتناق الإسلام بقصد التخلص من الزواج ، ولكنه تحت ضغط المساعى العائلية عدل عن قصده ورجع الى طائفته الأصلية • إلا أن الزوجة بعد ذلك سارعت برفع دعوى طالبت فيها بفسخ الزواج لأن الزوج قد ارتد عن الإسلام •

قضت محكمة القاهرة الابتدائية برفض طلب الزوجة على اساس أن الزوجين ينتسبان الى نفس الملة والطائفة وقت رفع الدعوى ، ومن ثم فإن شريعتهم الخاصة هى التى تكون واجبة التطبيق وليست الشريعة الإسلامية • ومن المقرر أن الشريعة الطائفية لاتجعل من الإرتداد عن الإسلام سبباً لفسخ الزواج وهذا الحكم لايتعارض مع النظام العام ويجب بالتالى إعماله •

إلا أن محكمة الإستئناف (وأيدتها فى ذلك محكمة النقض) ألغت الحكم السابق ، واستجابت لطلب الطاعنة تطبيقاً لأحكام الردة فى

الشريعة الإسلامية حيث تتعلق بالنظام العام ، وهى توجب الحكم بفسخ زواج المرتد وعدم اقراره على ردته .

* فى علاقة زوجيه بين زوجين من الأقباط الأرثوذكس ، اقامت الزوجة دعوى طالبة الحكم ببطلان عقد الزواج وأعتباره كأن لم يكن حيث أن زوجها غير قادر على القيام بواجباته الزوجية لإصابته بعنة قبل الزواج ، وأنها لاتزال بكراً على الرغم من الإحتباس لزوجها أكثر من سنتين بمنزل الزوجية .

حكمت المحكمة الابتدائية ببطلان عقد الزواج بعد أن أكدت التقارير الطبية والشرعية صحة ماتدعيه الزوجة وأيدت محكمة الاستئناف الحكم، فطعن الزوج بطريق النقض واستند الى أن الطبيب الشرعى لاحظ سلامة الطاعن من الناحيتين الجسمانية والجنسية وخلوه من أى ظواهر طبيعية أو اكلينيكية تفيد العنة الدائمة ، وقرر أن غشاء بكارة الزوجة من النوع الحلقى اللحمى السميك الذى لايتمدد بسهولة ، ثم إنتهى إلى أنه لايستطيع الجزم بحالة الطاعن وأنه قد تكون لديه عنة نفسية مؤقتة تزول بزوال أسبابها أو أن تكون عذرية الطاعنة مردها إلى عيب سرعة القذف لديه وهذا كله لايفيد أن عنة الطاعن دائمة وسابقة على الزواج ، وهذا الى أن الحكم المطعون فيه طبق قواعد الشريعة الإسلامية والتى تكتفى بمضى سنة على الزواج دون شفاء ، مع أن الواجب تطبيق الشريعة القبطية التى توجب مضى ثلاث سنوات من تاريخ الزواج ، وثبوت ألا أمل يرجى من العلاج ، وبشرط ترتب ضرر جسيم للطرف الآخر ، وهى لاتعتبر سرعة القذف سبباً للطلاق ومن باب أولى مانعاً من الزواج وهو ما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت فى الأوراق .



رفضت المحكمة الطعن بالنقض وأيدت الحكم المستأنف استناداً إلى تقرير الطبيب الشرعى أن الجهاز التناسلى للزوج مكتمل النمو وأعضاؤه التناسلية خالية من التشوهات والأحوال المرضية لاينفى وجود العجز الجنسى فقد يكون مبعثه عوامل نفسية لا تنم عنها أعراض خارجية ، حيث يكون الرجل غير قادر على الجماع لأسباب نفسية مبعثها الخوف والرهبة أو الوساوس الداخلية وانعدام العاطفة والشعور بالكراهية • وأن الطبيب الشرعى جزم فى تقريره الذى تطمئن اليه المحكمة أنه لم تحصل معاشرة زوجية بإيلاج كامل ، لقضيب مكتمل النمو فى حالة انتصاب ولو لمرة واحدة • لذا ظل غشاء بكارة الزوجة سليماً وليس صحيحاً مايدعيه الزوج من أنه راجع لطبيعة الغشاء • ولايصح مسايرة الزوج فى القول بوجوب مضى مدة السنوات الثلاث لأنها متعلقة بالعنة الحاصلة بعد الزواج لاقبله • فالعجز المانع من الزواج يكون سابقاً عليه ويؤدى الى بطلانه ويكفى مجرد ثبوته ولو كان لاحقاً على العقد ولايشترط مضى ثلاث سنوات عليه ، أما العجز اللاحق على الزواج فيشترط فيه ذلك ويكون سبباً للتطليق ويجب أن يكون العجز مما لايرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية ، وهو ماقدرته محكمة الموضوع حيث دام الزواج أكثر من عامين حرصاً من الزوجة على بقاء الزوجية ومع ذلك ظلت عذراء وهذا دليل مقنع على عنة الطاعن وأنها غير قابلة للزوال • ولاتثريب على المحكمة أن هى جزمت فى دوام العنة النفسية وتردد التقرير الطبى بين القول بها وبين سرعة القذف حيث المناط هو ثبوت العجز الجنسى الذى ايدته وقائع الدعوى • وعلى هذا يكون النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والفساد فى الإستدلال على غير أساس •

* رفع الزوج دعوى يطالب ببطلان عقد زواجه الذى تم وفقاً

لطقوس الطائفة القبطية الأرثوذكسية واستند فى ذلك إلى الغش فى بكارة الزوجة وسنها حيث أدعت أنها تبلغ من العمر ٣٥ عاماً بينما تبين أن عمرها الحقيقى هو أربعون عاماً وتلك صفة جوهرية ولو كان قد علم بها قبل العقد لما أتم الزواج ، لما يؤدى اليه ذلك من حرمانه من الإنجاب ٠

دفعت الزوجة بأن زوجها كان على علم بعدم بكارتها قبل الزواج ، وأنه رفع دعوى البطلان بعد خمسة أشهر من الزواج حيث اختلط بها جنسياً فى تلك الفترة ٠ ومن جهة أخرى فإنه لايعتد بالغلط فى السن فى عقد الزواج ٠

رفضت المحكمة الحكم ببطلان الزواج استناداً إلى " أن العيب الذى يشوب الإرادة ويكون من شأنه بطلان عقد الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس هو وقوع غلط فى شخص المتعاقد بالنسبة لأى من الزوجين ، أو وقوع غلط فى صفة جوهرية متعلقة بالزوجة فقط وبالنسبة لصفتين بالذات هما البكارة والخلو من الحمل دون ما إعتداد بالصفات الجوهرية الأخرى ٠ ومن ثم فإن إخفاء حقيقة سن الزوجين أو التحريف فى بعض البيانات الواردة بالعقد كالمهنة ومحل الإقامة وتاريخ الميلاد لايؤثر فى صحة الزواج ٠

ويتوافر الغلط بالمعنى السابق بمجرد إدعاء الزوجة أنها بكر على خلاف الحقيقة ثم تبين فيما بعد أنها لم تكن بكراً ولم يكن الزوج يعلم بذلك من قبل ، على أن يثبت هو أن بكارتها قد أزيلت نتيجة سوء سلوكها ٠

* فى العلاقة الزوجية بين زوجين من الأقباط ألأرثوذكس ، لم تنجب الزوجة لكونها عاقراً وتركت منزل الزوجية واستمرت الفرقة بينهما أكثر من ثلاث سنوات ، أقام الزوج دعوى طالباً التطليق واستند

فى ذلك إلى :

١ - أنها أساءت معاشرته وأخلت بواجباتها الزوجية مما أدى إلى استحكام النفور بينهما واستحالة العشرة وأنها تركت منزل الزوجية مدة ثلاث سنوات متوالية ٠

٢ - سبق وصدر حكم بإسقاط حقها فى النفقة منه لنشوزها المتمثل في هجر منزل الزوجية دون وجه حق ، وتمسك الزوج بأن ذلك النشوز المسقط للنفقة يستوجب الحكم بالتطليق للفرقة ٠

دفعت الزوجة بأنها هجرت منزل الزوجية اتقاء للأذى الذى كان يلحقها منه ومن ذويه المقيمين معها ٠

طلب الزوج بصفة احتياطية بطلان الزواج لعدم توثيقه وقد ثبت بالفعل أن رجل الدين لم يقم فعلاً بالتوثيق لعدم وجود الدفاتر المطلوبة آنذاك ٠

رفضت المحكمة طلب الزوج بإنهاء الرابطة الزوجية استناداً إلى أن سبب النزاع يكمن أساساً فى عدم إنجاب الزوجة ، والعقم ليس سبباً مستقلاً فى ذاته للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ٠ ومن ثم تكون الفرقة والنفور قد انبعثت أصلاً بفعل الزوج وأهله وسوء معاملتهما للزوجة بسبب عدم الإنجاب واستطالت الكراهية لذلك السبب ، وعلى هذا لايستفيد الزوج من طول الفرقة للتذرع بها كسبب من أسباب التطليق ، فمن يعمد من الزوجين الى اصطناع أسباب الخلاف رغبة فى التحلل من رابطة الزوجية يتعين أن يرد عليه قصده السيئ ٠

ومن جهة أخرى فإن دعوى النفقة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للفرقة لإختلاف المناط فى كل منهما ، فبينما تقوم الأولى على سند من احتباس الزوجة لزوجها حتى يستطيع استيفاء

حقوق الزوجية كاملة متى شاء بحيث لايحق لها أن تنشز عن طاعته إلا بحق ، إذ بالثانية تؤسس على إدعاء الإساءة واستحكام النفور والفرقة بين الزوجين ، وليس ثمة مايمنع من وقوع خطأ من جانب الزوجة يؤدى الى استحالة العشرة رغم استحقاقها النفقة . ومن ثم فإن الحكم الصادر فى دعوى النفقة لايمنع من دعوى التطليق وجواز نظرها لإختلاف المناط فى كل منهما .

وأخيراً فإن المشرع لم يجعل من التوثيق شرطاً لازماً لصحة العقد، واقتصر على جعله من قبيل اعداد الدليل لإثبات الزواج ، بمعنى أن عدم توثيق عقد الزواج لايؤثر فى صحة الزواج . اعتباراً بأن التوثيق إجراء لاحق على انعقاد العقد وليس من أركانه الشكلية أو الموضوعية.

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة